

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

GARANTIES DONNÉES A LA FEMME

POUR SA CRÉANCE EN RESTITUTION DE DOT

DROIT FRANÇAIS

DES RÈGLES PROTECTRICES

DES DROITS DES CRÉANCIERS DU MARI

AU CAS DE SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le Mercredi 22 Mai 1895 à 10 heures du matin

PAR

André BILLAUDET

<i>Suffragants</i> }	<i>Président :</i>	M. CAUWÈS, professeur.
		MM. ESMEIN, professeur.
		CUQ, professeur.
		CHÉNON, agrégé.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, Rue Soufflot, 13

1895



THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

GARANTIES DONNÉES A LA FEMME

POUR SA CRÉANCE EN RESTITUTION DE DOT

DROIT FRANÇAIS

DES RÈGLES PROTECTRICES

DES DROITS DES CRÉANCIERS DU MARI

AU CAS DE SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le Mercredi 22 Mai 1895 à 10 heures du matin

PAR

André BILLAUDET

Président : M. CAUWÈS, professeur.
Suffragants { MM. ESMEIN, professeur.
CUQ, professeur.
CHÉNON, agrégé.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, Rue Soufflot, 13

1895



MEIS ET AMICIS

DROIT ROMAIN

GARANTIES DONNÉES A LA FEMME

POUR SA CRÉANCE EN RESTITUTION DE DOT

AVANT-PROPOS

Chacun sait, dit Gide, combien un droit de créance est fragile ; il dépend de la solvabilité du débiteur, qui peut à chaque instant se rendre insolvable, et cela de deux manières différentes : soit en aliénant ses biens, soit en contractant de nouvelles dettes. La femme (romaine), créancière de la dot, se trouvait exposée à ce double danger : aussi le législateur eut-il soin d'établir pour elle une double garantie : d'un côté, la loi Julia empêcha le mari de dissiper la dot par des aliénations ; de l'autre, un

privilège attaché à la créance dotale empêcha le mari de dissiper la dot en faisant des dettes (Gide, *Etude sur la condition privée de la femme, du caractère de la dot en droit romain*, page 533).

Les garanties qui viennent d'être indiquées parurent bientôt insuffisantes, et, sous Justinien, elles furent augmentées ou complétées.

La loi Julia défendait au mari d'aliéner et d'hypothéquer le fonds dotal, mais reconnaissait la validité de la vente qui était consentie par les deux époux. La constitution de 530 prononça la nullité d'une semblable aliénation.

Le *privilegium inter personales actiones* permettait à la femme de primer les seuls créanciers chirographaires du mari. Les constitutions de 529, 530 et 531 vinrent successivement lui accorder une hypothèque privilégiée sur les biens dotaux et une action en revendication utile, une hypothèque générale tacite sur les biens du mari, et enfin une hypothèque privilégiée sur les mêmes biens lui donnant le droit de passer avant les créanciers hypothécaires du mari même antérieurs au mariage.

Il y a donc deux véritables classes de garanties données à la femme pour la restitution de sa dot : l'une, qui tend à maintenir les biens dotaux intacts dans les mains du mari ; l'autre, qui a pour but, en permettant à la femme d'écarter les créanciers du

mari, de faciliter le recouvrement de sa créance dotale que l'existence de dettes du mari rendent douteux.

C'est cette seconde classe de garanties que nous nous proposons d'examiner dans cette thèse.

Nous avons dès lors à établir le droit de créance de la femme sur la dot ; puis, ce droit reconnu, à supposer la femme en présence des créanciers du mari après le succès de son action en restitution intentée soit pendant le mariage (cas de restitution *propter inopiam mariti*), soit après sa dissolution ; et à étudier les garanties spéciales qui entouraient la créance dotale.

PREMIÈRE PARTIE

DU DROIT DE LA FEMME SUR LES BIENS DOTAUX.

La femme avait-elle en droit romain un droit de propriété ou un droit de créance sur les biens dotaux ?

Cette question ne comporte pas de réponse unique.

Il faut distinguer suivant les époques.

De la fondation de Rome au milieu du VI^e siècle, lors de la création de l'action *rei uxoriæ*, la femme n'eut sur la dot ni droit de propriété ni droit de créance.

De la création de l'action *rei uxoriæ* à Justinien, elle fut créancière des biens dotaux.

Enfin, sous Justinien, de savants romanistes ont soutenu que la femme était propriétaire de la dot. Nous nous efforcerons d'établir qu'elle n'eut jamais qu'un droit de créance,

§ 1^{er}. — Période allant de la fondation de Rome au milieu du VI^e siècle.

Durant cette période, le principe *Dotis causa perpetua est* était d'une rigoureuse exactitude en ce sens que le mari était plein propriétaire de la dot qui lui était acquise sans réserve et sans retour. Il n'y avait pas alors à se préoccuper de la restitution des biens dotaux, de quelque manière que le mariage vienne à se dissoudre, même s'il cessait par la mort du mari.

Ces faits sont confirmés par Aulu-Gelle dans les termes suivants : « On rapporte que, durant les cinq premiers siècles de Rome, il n'existait à Rome et dans tout le Latium ni actions, ni stipulations *rei uxoriæ*, sans doute parce qu'il n'en était pas besoin, les mariages n'étant point alors rompus par les divorces. Servius Sulpicius dit aussi, dans son livre sur la dot, que la nécessité des stipulations *rei uxoriæ* ne se fit sentir que lorsque Spurius Carvilius eut répudié sa femme. » (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 4, 3).

Denys d'Halicarnasse (*Antiq. Roman.*, 2, 25) observe également que Romulus n'avait donné aucune

action à la femme contre son mari, ni établi aucune loi pour la restitution de la dot.

Ce droit primitif n'était peut-être pas aussi rigoureux pour la femme qu'il le paraît au premier abord.

C'est ce que l'examen des différentes situations qui pouvaient se présenter à la dissolution du mariage va nous montrer.

Si la mort du mari met fin au mariage, voici quels étaient les droits de la femme. Elle se trouvait ordinairement *in manu mariti*; alors, elle venait à la succession de son mari en qualité d'*heres sua*, en concours avec ses propres enfants vis-à-vis desquels elle était *loco sororis*. Au cas où aucun enfant n'était issu du mariage, elle appréhendait la succession entière. La femme pouvait ne pas être *in manu mariti*. Dans cette hypothèse, elle n'avait aucun droit à la succession de son mari; elle perdait donc complètement la dot; mais, les mœurs avaient vite corrigé la rigueur de la loi. L'usage s'était, en effet, établi que le mari, dans son testament (et l'on sait combien le testament était en honneur à cette époque du droit romain), laissât à sa veuve ou la dot qu'elle avait apportée en mariage ou un legs assez important pour la mettre à l'abri du besoin. « C'était une clause de style dans les testaments des hommes mariés. » (M. Esmein, *Mélanges*, p. 431; et *Nouvelle Revue historique*, 1893, 2, p. 168). Si le mari

n'avait fait aucune disposition testamentaire, ce qui était excessivement rare, ses héritiers se trouvaient, sinon par la loi, du moins moralement, obligés de subvenir aux besoins de la veuve. Ainsi donc, la plupart du temps, la dissolution du mariage par la mort du mari n'empirait pas la condition de la femme.

Le divorce pouvait déjà, à l'époque où nous nous plaçons, amener la dissolution du mariage. La chose ne peut faire de doute ; car, s'il n'est pas certain que la femme fût autorisée à se séparer de son mari, il est incontestable que ce dernier pouvait, dans certains cas, répudier sa femme. D'après le témoignage de Plutarque (*Vie des Hommes Illustres*, Romulus, trad. Pierron, 2^e édit. tome 1^{er}, p. 72), Romulus avait, en effet, permis la répudiation dans les hypothèses suivantes : Crime d'empoisonnement, supposition d'enfants et adultère. Si la femme avait été répudiée dans l'une de ces hypothèses, elle eût été mal venue à réclamer quoi que ce soit ; ce n'était que justice qu'aucun avantage ne lui fût fait. Si, au contraire, elle avait été répudiée sans motif, la loi de Romulus obligeait le mari à donner la moitié de ses biens à sa femme et à consacrer l'autre moitié à Cérès (V. M. Esmein, *Nouvelle Revue hist.*, 1893, 2. p. 156). La femme ne pouvait se plaindre ; elle

était indemnisée quelquefois très-largement de la perte de sa dot.

Si, enfin, la dissolution du mariage se produisait à la suite du décès de la femme, il n'y avait rien d'inique à laisser la dot au mari qui gardait à sa charge les enfants issus du mariage.

Il faut donc reconnaître que, dans les premiers siècles de la fondation de Rome, alors surtout que les divorces étaient très rares et qu'ils ne pouvaient se produire que par la répudiation de la femme, la législation que nous venons d'indiquer était à la rigueur suffisante.

Elle se justifiait d'ailleurs par cette idée que, si mari n'avait pas été fait propriétaire de la dot sans être obligé à restitution, les enfants du mariage, qui ne succédaient pas à leur mère, n'eussent pu profiter de ses biens.

Ce droit primitif devint insuffisant lorsque les cas et le nombre des divorces vinrent à augmenter avec le relâchement des mœurs.

La femme n'avait alors aucune action pour reprendre ses apports.

Le mari n'exécutait plus volontairement la décision de l'arbitre qui, remplaçant le chef de la famille du mari et le censeur, fixait la somme qu'il était équitable de rendre à la femme répudiée.

Il n'y avait d'ailleurs aucun moyen d'obliger le

mari à se conformer à la sentence arbitrale. L'*arbitrium rei uxoriæ* n'avait aucune valeur juridique. Comme le fait fort bien remarquer notre éminent professeur, M. Cuq (*Institutions juridiques des Romains*, I. p. 496), « cet *arbitrium* n'avait pas le caractère d'une action en justice ; il n'était pas la sanction d'un droit garanti par l'Etat ; il n'avait d'autre objet que d'indiquer comment un honnête homme comprendrait son devoir dans l'espèce. La décision de l'arbitre n'avait qu'une valeur morale comme celle du censeur ».

Pour remédier à l'inconvénient que le défaut de sanction de l'*arbitrium* présentait, on prit l'habitude d'exiger du mari ou de son *paterfamilias*, lors de la constitution de la dot, la promesse, sanctionnée par une stipulation, de restituer au cas de divorce la somme qui serait déterminée par l'arbitre : ce fut la *cautio rei uxoriæ*.

A propos de l'*arbitrium rei uxoriæ* et de la *cautio rei uxoriæ*, nous croyons utile de faire une observation qui est aussi applicable à l'action *rei uxoriæ*, à laquelle nous allons arriver.

L'*arbitrium* et la *cautio rei uxoriæ*, n'avaient pas, à proprement parler, pour objet la restitution de la dot, comme on a coutume de le dire. Ils s'appliquaient, leur dénomination l'indique, non pas seulement à la *dos*, mais encore à la *res uxoria*, c'est-à-

dire aux « biens qui étaient entrés dans le patrimoine du mari du chef de la femme (*uxoris nomine*), soit à titre de dot, soit par l'effet de la *manus* » (M. Cuq, *loc. cit.*, p. 497. *Frag. du Vatican*, n° 94 et suivants. Paul, liv. 8, resp. tit. *de re uxoria*).

En réalité, jusqu'à Justinien, en dehors de l'action qui sanctionnait les stipulations spéciales ayant pour objet exclusif la *dos*, et non pas la somme déterminée par l'arbitre comme les *cautiones rei uxoriæ*, il n'y eut pas de véritable action en restitution de dot.

Nous sommes obligés dans ce travail de nous borner à indiquer la remarque qui précède.

Nous emploierons d'ailleurs le terme « action de restitution de dot » pour désigner l'action *rei uxoriæ* afin d'éviter des périphrases.

Ceci dit, et pour résumer ce premier paragraphe, nous observons que, jusqu'au VI^e siècle, la femme n'était pas légalement créancière de la dot. Elle ne pouvait acquérir un droit à la restitution qu'en vertu d'une stipulation particulière, la *cautio rei uxoriæ*.

§ 2. — Période allant du milieu du VI^e siècle à Justinien.

Vers le milieu du VI^e siècle, la législation change : la femme acquiert un droit de créance sur la dot ; l'action *rei uxoriæ* est créée.

Comment ce changement de législation s'est-il opéré ?

Les commentateurs ne sont pas d'accord sur ce point. Il n'y a pas moins de quatre systèmes en présence que le cadre de notre étude nous interdit de développer.

Gide rattache l'action *rei uxoriæ* aux anciennes *cautiones* dont l'usage se serait de plus en plus répandu et aurait été transformé en règle de droit.

D'après une autre théorie, la restitution de la dot n'aurait eu primitivement pour sanction que la *fides*, comme la fiducie, le dépôt et le commodat. Ensuite, de même que ces contrats, la restitution aurait été sanctionnée par une action, l'action *rei uxoriæ*.

Le troisième système est celui de M. Esmein. L'éminent professeur estime que l'action *rei uxoriæ* fut originairement une action pénale prétorienne réprimant l'*injustum repudium* du mari.

La quatrième opinion, que nous partageons, donne à l'action *rei uxoriæ* pour point de départ l'*arbitrium rei uxoriæ* et la jurisprudence des tribunaux de famille en matière de divorce. Cette opinion trouve, selon nous, sa justification dans un texte de Caton conservé par Aulu-Gelle, texte qui ne peut recevoir dans les autres systèmes une explication suffisante (Voir ce texte dans Aulu-Gelle, *Nuits Attiques*, X, 23, 4. Voir M. Cuq, *loc. cit.* page 496),

Quoiqu'il en soit de l'origine de l'action *rei uxoriæ*, la réforme qu'elle suppose paraît s'être produite vers le milieu du VI^e siècle.

Il n'est guère contesté qu'elle fut donnée d'abord dans le cas où le divorce mettait fin au mariage.

Or, au début du VII^e siècle, elle a été accordée à la veuve (L. 44, *princ.* D. 24, 3. L. 66 *princ.* D. 24, 3), ce qui permet de supposer que la date de sa création est antérieure, et qu'elle doit être placée vers le milieu du VI^e siècle.

Ce qui est certain, c'est que la femme n'eut pas sur la dot autre chose qu'un droit de créance ; le mari en resta propriétaire.

La défense, contenue dans la loi Julia, d'aliéner les immeubles dotaux sans le consentement de la femme, et de les hypothéquer même avec ce consentement (nous repoussons l'opinion qui attribue la prohibition d'hypothéquer les immeubles dotaux au sénatus-consulte Velléien) n'a pas eu pour résultat d'enlever au mari la propriété de la dot. Il est, en droit romain, diverses classes de personnes qui sont incapables d'aliéner les biens dont ils sont propriétaires (Gaius, *Comm.* 2, §§ 62 et 63).

Le mari conserve d'ailleurs le droit d'aliéner les meubles dotaux. Il peut revendiquer les biens dotaux même entre les mains de sa femme (L. 24, D. 25, 2) ; il peut les usucaper, si le constituant n'en était pas

propriétaire (L. 1 et 2, D. 41, 9) ; il a l'action *furti* pour les choses dotales, à l'exclusion de la femme (L. 49, § 1, D. 47, 2).

Du reste, si la femme a une revendication utile lorsque ses immeubles dotaux ont été aliénés sans son consentement, l'action qui lui est donnée n'est pas une action qui prend naissance à son profit ; c'est l'action du mari qui lui est cédée.

De plus, les textes, desquels on pourrait induire que la femme avait acquis dans le droit classique la propriété de la dot, sont susceptibles de recevoir une interprétation qui concorde avec notre doctrine.

De ce que la loi 21, D. 40, 1, ne permet au mari d'affranchir les esclaves dotaux que s'il est solvable, il ne faut pas conclure que cette restriction ne peut se concilier avec le droit de propriété que nous attribuons au mari. Nous croyons qu'elle a trait à la loi *OElia Sentia* qui édicte la nullité des affranchissements faits en fraude des droits des créanciers.

La loi 7 § 12, D. 24, 3, envisageant l'hypothèse où le mari découvre un trésor dans le fonds dotal, déclare que le mari est tenu, lors de la restitution de la dot, de rendre la moitié à la femme. Ce texte, peut-on dire, montre que le mari n'est pas propriétaire de la dot, sans quoi il eût conservé le trésor en entier, moitié comme inventeur, et moitié comme propriétaire. Mais, le trésor est une chose

acquise à l'occasion du fonds dotal ; il devient dotal lui-même et la propriété du mari (L. 54. D. 23. 3) ; seulement, à dater de la création de l'action *rei uxoriæ*, il est compris, comme le fonds dotal lui-même, dans les biens que le mari doit restituer à la femme à la dissolution du mariage. D'ailleurs, le texte que nous examinons dit que le mari restituera la moitié du trésor « comme s'il l'avait trouvé dans un fonds appartenant à autrui », ce qui prouve qu'il était propriétaire du fonds dotal où le trésor se trouvait caché.

La loi 81, § 1, D. 35, 2, ne peut nous être sérieusement opposée. Elle porte que « le legs de la dot fait par le mari à la femme est en dehors du compte de la loi Falcidie, parce qu'il semble que la femme recouvre sa propre chose. » Le legs de la dot eût été nul si la femme avait été propriétaire de la dot : la loi 81 § 1, qui en reconnaît la validité, prouve donc que le mari avait la propriété des biens dotaux. Elle fait probablement allusion aux avantages que le legs de la dot présentait pour la femme qui n'avait pas à attendre les délais ordinaires de restitution, et qui, si le legs était *per vindicationem*, pouvait agir en qualité de propriétaire.

Quant à la loi 3, § 5, D. 4. 4, elle suppose que la femme, dont la dot a été constituée par son père, approuve la promesse que fait le mari, durant

le mariage, de restituer les biens dotaux, soit au père de son épouse, soit à un tiers, et elle décide que cette promesse, entourée du consentement de la femme, est valable, *quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est*. Faut-il conclure de ces mots que la femme avait la propriété de la dot ? Nous ne le pensons pas. Nous remarquerons d'abord que, dans l'espèce du texte, la femme est une fille de famille, et par là incapable d'être propriétaire. Nous ajoutons que, si la loi 3 § 5, exige le consentement de la femme dans l'hypothèse qu'il prévoit, c'est pour dispenser le *paterfamilias* de se procurer son concours, lorsqu'il agira en restitution de la dot par l'action *rei uxoriæ*.

La loi 75, D. 23, 3 semble, au premier abord, reconnaître à la femme un droit de copropriété sur la dot : *quamvis in bonis mariti dos sit, tamen mulieris est*. Mais, il est facile d'expliquer ce texte sans attribuer un tel droit à la femme. La loi 75 suppose que la femme s'est constituée en dot sans estimation un immeuble à l'occasion duquel elle a stipulé de son vendeur le double du prix en cas d'éviction. Si le mari est évincé, dit la loi, la femme peut, même pendant le mariage, intenter l'action *ex stipulatu duplæ* contre son vendeur. Il est vrai qu'elle n'a pas à craindre l'exercice de l'action *ex empto* de la part de son mari qui a reçu l'immeuble sans es-

timation ; mais, elle a intérêt à ce que la dot ne soit pas détournée de sa destination qui est de subvenir aux charges du ménage. Cet intérêt justifie le droit qui lui est donné, sans qu'il soit besoin de lui attribuer la co-propriété de la dot. Dans le cas, que ne prévoit pas le texte, où l'immeuble apporté en dot a fait l'objet d'une estimation, la femme a un intérêt de plus, pour éviter l'action *ex empto* du mari évincé, à intenter l'action *ex stipulatu duplæ* contre son vendeur.

Si la loi 21, parag. 4, D. 50, 1, décide qu'il ne faut pas tenir compte des biens dotaux dans l'évaluation du patrimoine du mari qui aspirait aux charges municipales, il ne faut pas en conclure qu'elle considère la femme comme propriétaire de la dot. Elle dit elle-même expressément que le mari en est propriétaire. La décision qu'elle donne peut d'ailleurs se justifier pleinement : la dot est soumise à restitution ; elle a une destination spéciale qui est de subvenir à l'entretien des enfants et aux charges du ménage ; il est donc juste qu'elle soit laissée en dehors de l'estimation des biens qui rendent apte aux charges municipales.

Nous venons d'examiner les principaux textes desquels on pourrait induire que, dans le droit classique, la femme était devenue propriétaire des biens dotaux non estimés (voir aussi les L. 24,

D. 25, 2 ; L. 4, D. 37, 7 ; L. 15 princ. et § 3. D. 2, 8).

Nous avons établi que ces textes s'expliquaient sans qu'il soit besoin de reconnaître à la femme un droit de propriété sur la dot.

Nous en concluons que le mari était propriétaire, et la femme créancière de la dot.

§ 3. — Règne de Justinien.

La constitution de 529 (L. 30. C. *de jure dotium*, 5, 12), fait l'objet, au point de vue de la propriété des biens dotaux, d'une discussion très sérieuse que nous allons indiquer.

Nous croyons utile de transcrire la loi 30 *de jure dotium*, dont nous aurons plusieurs fois encore à nous occuper dans le cours de cette thèse.

« In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immo-
« bilibus, seu se moventibus, si tamen exstant, sive
« æstimatæ sive inæstimatæ sint, mulierem in his
« vindicandis omnem habere post dissolutum matri-
« monium prærogativam jubemus ; et neminem cre-
« ditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potio-
« rem causam in his, per hypothecam vindicare, cum
« eadem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter

« in ejus permanserint dominio. Non enim, quod le-
« gum subtilitate transitus earum in patrimonium
« mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel con-
« fusa est. Volumus itaque eam in rem actionem in
« hujusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothe-
« cariam omnibus anteriorem possidere : ut sive ex
« naturali jure ejusdem mulieris res esse intelli-
« gantur, sive secundum legum subtilitatem ad ma-
« riti substantiam pervenisse videantur, per utram-
« que viam, sive in rem, sive hypothecariam, ei ple-
« nissime consulatur. Omnis autem temporalis ex-
« ceptio, sive per usucapionem inducta, sive per
« decem, sive per viginti annorum curricula, sive
« per triginta vel quadraginta annorum metas, sive
« ex alio quocunque tempore majore, vel minore
« sit introducta : ea mulieribus ex eo tempore
« opponatur.... »

Justinien a-t-il ou non créé dans la loi 30 *de jure dotium*, une action en revendication au profit de la femme ? A-t-il enlevé au mari la propriété des biens dotaux ?

Telle est la question qui divise les interprètes du droit romain.

I. D'après certains auteurs, et notamment M. Labbé (Ortolan, tome III, Appendice IV), la constitution de 529 rend la femme propriétaire des biens dotaux ; le mari n'en garde plus que l'usufruit ; il conserve

seulement la propriété de la dot qui a fait l'objet d'une estimation.

Dans cette opinion, on attribue à la loi 30, *de jure dotium*, la création d'une véritable action en revendication, et on en tire cette conséquence que le mari ne peut aliéner les biens dotaux mobiliers individuellement déterminés sans l'autorisation et le concours de la femme.

La controverse, dit-on, ne présente aucun intérêt relativement aux immeubles dotaux que les volontés des deux époux concourant ensemble ne sauraient aliéner (ceci n'est vrai qu'après la constitution de l'an 530).

On reconnaît que la constitution de 529 n'a pas expressément modifié les droits de disposition du mari ; mais, on prétend que Justinien a laissé subsister le droit ancien à côté du droit nouveau pour ne pas opérer un changement trop brusque et trop radical dans la législation, changement qui eût été contraire aux traditions romaines.

La loi 30 *de jure dotium*, dit-on, ne peut laisser aucun doute à cet égard ; elle observe, en effet, qu'en droit naturel les biens dotaux sont restés dans le patrimoine de la femme (*res naturaliter in ejus permanserint dominio*), et lui accorde une action *in rem* pour lui permettre de revendiquer la dot comme si elle était restée sa propriété (Argt. des mots *vindicare*

et volumus eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere).

D'ailleurs, ajoutent les partisans de cette opinion, si Justinien n'interdit pas expressément au mari toute espèce d'aliénation, en concédant à la femme une action en revendication, il arrive au même résultat, puisque tout acte de disposition du mari serait susceptible de tomber sur la demande de la femme.

Enfin, ce qui confirme M. Labbé dans sa manière de voir ce sont deux documents postérieurs à la constitution de 529, la nouvelle 91, chapitre 1, qui donne à la femme une action *in rem* ainsi caractérisée : *in rem quæ de proprietate est*, et la scolie rattachée à la loi 50 (Basil. liv. 29, titre I), qui indique comment la loi 30 *de jure dotium* était entendue par les jurisconsultes romains et attribue à la femme pour la restitution de ses biens dotaux une action directe *in rem*.

La conclusion de ce premier système est qu'à partir de la constitution de 529 le mari n'est plus propriétaire des biens dotaux non estimés.

Si cette théorie était la vraie, il serait impossible de comprendre les constitutions de 530 et 531 qui ont accordé à la femme des garanties nouvelles pour sa créance dotale. A quoi aurait-il servi de lui con-

céder des hypothèques, si elle eût pu agir par voie de revendication ?

De plus, l'opinion que nous combattons applique une règle différente aux biens dotaux estimés (dont la propriété serait au mari) et à ceux qui n'ont pas fait l'objet d'une estimation (dont la propriété serait à la femme). Or, la loi 30 *de jure dotium* repousse d'une façon expresse toute distinction entre les choses dotales estimées et celles qui ne le sont pas. Si la femme a le même droit sur tous les biens dotaux, ce ne saurait être un droit de propriété qui lui permettrait de revendiquer même les biens dotaux qui ont été estimés, mais un simple droit de créance.

Remarquons enfin que des lois postérieures à la loi 30 *de jure dotium* reconnaissent la propriété du mari sur la dot ; que les Institutes qui sont de l'année 533 portent dans le *principium* du titre 8, livre 2, que le mari ne peut disposer du fonds dotal, bien qu'il en soit propriétaire.

En présence de ces textes, les arguments tirés par M. Labbé de la Nouvelle 91, chap. 1 ne peuvent avoir une grande valeur.

Il est certain que la Nouvelle 91, chapitre 1, n'a pas eu pour but de trancher notre difficulté.

Elle est d'ailleurs comme les Basiliques en complète contradiction avec plusieurs textes du Code et des Institutes qui sont trop formels et trop nombreux pour ne pas prévaloir.

II.— D'après Gide, sur l'opinion duquel nous reviendrons plus tard, la loi 30 *de jure dotium* n'a pas conféré à la femme la propriété des biens dotaux ; elle s'est bornée à adjoindre au *privilegium inter personales actiones* une *prærogativa* lui permettant de primer les créanciers chirographaires et hypothécaires du mari.

Gide croit qu'il serait excessif de reconnaître aux mots *vindicare* et *hypotheca* leur sens ordinaire.

Selon lui, Justinien, s'il eût voulu faire une innovation aussi considérable que la création, admise par l'opinion commune, d'une action hypothécaire privilégiée sur les biens dotaux et d'une action en revendication utile, eût insisté, suivant son habitude, sur le changement qu'il apportait dans la législation.

C'est la constitution de 530 qui a introduit dans le droit une hypothèque sur les biens dotaux.

De plus, la loi 30 *de jure dotium* n'a pu créer une action en revendication au profit de la femme. Les mots *si tamen exstant* doivent être traduits : pourvu que les biens existent encore en nature dans le patrimoine du mari (Voir la L. 12 § 1, C. 8, 18) ; ce qui prouve que la femme ne peut inquiéter les tiers acquéreurs, et par suite qu'elle n'a pas de revendication.

III. — Pour nous, nous estimons, avec la majorité des commentateurs, que Justinien a voulu dans la loi 30 *de jure dotium*, donner à la femme des garanties particulières lui assurant dans la plupart des cas le paiement intégral de sa créance en restitution de dot. A cet effet, il lui accorde une action en revendication utile et une action hypothécaire privilégiée, et peu lui importe que l'une ou l'autre de ces actions soit intentée par la femme pourvu qu'elle obtienne satisfaction: *per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, et plenissime consulatur*.

Ce système permet à la femme de recouvrer ses meubles dotaux en nature; il est donc préférable à celui de Gide.

Nous pensons qu'il faut attribuer aux termes employés par la loi 30 leur sens technique habituel.

Il nous semble, du reste, que les expressions *jubemus* et *volumus*, dont s'est servi Justinien, indiquent bien qu'il entendait faire une véritable innovation.

Au surplus, nous trouverons au cours de cette thèse l'occasion de revenir sur le système de Gide, de le combattre et de justifier notre opinion.

La conclusion de cette partie de notre travail est que, même sous Justinien, la femme n'eut qu'un droit de créance sur les biens dotaux.

DEUXIÈME PARTIE

DES GARANTIES DE LA CRÉANCE EN RESTITUTION DE DOT ABSTRACTION FAITE DE LA LOI JULIA.

Nous avons établi dans la première partie de cette étude que la dot, d'abord perpétuelle, devint ensuite soumise à restitution à la dissolution du mariage par le divorce, ou la mort du mari ; que la femme, après être restée longtemps sans avoir aucun droit de propriété ou de créance sur les biens dotaux, en devint plus tard créancière, et qu'elle put faire valoir son droit de créance, indépendamment de toute stipulation, par l'action *rei uxoriæ* dans le droit classique, et sous Justinien par l'action *ex stipulatu*.

Il est certain que les intérêts de la femme étaient suffisamment sauvegardés par l'action en restitution de dot si le mari était solvable.

Mais, il pouvait se faire que le mari ait contracté, pendant la durée de l'association conjugale, des det-

tes nombreuses dont le montant était supérieur à l'actif de son patrimoine.

La femme, dans cette hypothèse, ne pouvait, lors de la restitution de la dot, que se présenter comme créancière chirographaire de son mari, subir le concours de ses créanciers ordinaires sur le reliquat laissé par les créanciers privilégiés et hypothécaires. Elle se trouvait alors privée partiellement, quelquefois même totalement, de ses biens dotaux.

Une pareille éventualité, de nature à se produire assez fréquemment, surtout dans le cas où le mariage prenait fin par le divorce et où le mari, pour nuire à la femme, était porté à simuler des dettes, devait fatalement attirer l'attention d'un législateur dont le but fut d'abord, sous Auguste et ses successeurs, d'assurer la restitution de la dot pour rendre possible les seconds mariages, et ensuite, sous Justinien, de protéger la femme, pour elle-même, à cause de la faiblesse naturelle de son caractère.

Aussi, pour remédier aux inconvénients que nous venons de signaler, la créance dotale de la femme fut entourée de garanties spéciales qu'il nous reste à indiquer et à examiner.

Le *privilegium inter personales actiones* fut d'abord donné à la femme et lui permit de primer les créanciers chirographaires du mari.

Puis, elle eut une hypothèque privilégiée sur les

biens dotaux et une action en revendication utile à l'occasion des mêmes biens (L. 30 *de jure dotium*).

La constitution de 530 lui accorda ensuite une hypothèque générale tacite sur les biens du mari.

Enfin, la loi *assiduis* (constitution de 531) lui conféra une hypothèque privilégiée sur le patrimoine du mari, lui donnant le droit d'être colloquée avant les créanciers hypothécaires du mari même antérieurs au mariage.

CHAPITRE I.

DU « PRIVILEGIUM INTER PERSONALES ACTIONES ».

A quel moment le *privilegium inter personales actiones* fut-il créé ?

Il est impossible de le dire d'une façon précise.

Les textes qui font allusion au *privilegium* ne donnent aucune indication qui permette de déterminer exactement la date de son apparition.

Cependant, la loi 19 *princ.* D. 42, 5, laisse supposer qu'il fut introduit sous Auguste dans la législation romaine. Cette origine est très vraisemblable. La création du *privilegium inter personales actiones* a très probablement coïncidé avec les autres innovations d'Auguste en notre matière, innovations dont il est l'accessoire, ou plutôt le complément.

Si la date de l'apparition du *privilegium* n'est point certaine, il n'est pas douteux qu'il fut établi dans l'intérêt exclusif de la femme.

Il ne profitait qu'à elle-même.

Il n'était pas donné au *paterfamilias*, même agis-

sant *adjuncta filiae persona*, et aux héritiers de la femme dans les hypothèses où ils pouvaient poursuivre la restitution de la dot.

De plus, la femme ne pouvait, en principe, se prévaloir du *privilegium* que lorsqu'elle demandait la dot par l'action *rei uxoriae*.

Elle ne pouvait l'invoquer si elle avait stipulé la restitution de ses biens dotaux et si elle les réclamait par l'action *ex stipulatu*. On supposait alors qu'elle avait demandé des garanties susceptibles de la protéger contre l'insolvabilité éventuelle de son mari. Dans cette hypothèse, il était en effet loisible à la femme d'exiger du mari une caution, ou la constitution d'un gage ou d'une hypothèque. Si elle avait obtenu l'une ou l'autre de ces sûretés, et notamment une hypothèque, la femme avait une position excellente à la dissolution du mariage. Le droit de suite que lui conférait l'hypothèque lui permettait d'atteindre les biens hypothéqués dans les mains des tiers acquéreurs ; et le droit de préférence qui était attaché à cette sûreté réelle lui donnait le droit de primer les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires dont le titre était postérieur au sien qui se présentaient avec elle à la distribution du prix des choses hypothéquées. Le fidéjusseur qui avait garanti la restitution de la dot ne pouvait invoquer contre la femme le bénéfice de compétence

accordé au mari ; il était tenu *in solidum* (L. 7, *princ.* D. 44, 1). Il est vrai que les lois 1 et 2 (C. 5, 20), qui sont des constitutions impériales, interdirent à la femme de stipuler du mari un fidéjusseur pour la garantie de la restitution de la dot, probablement parce qu'il était injurieux pour le mari que la femme montrât, en demandant cette sûreté personnelle, qu'elle avait plus confiance dans un tiers que dans lui-même. Il n'en est pas moins certain que, dans le droit classique, la femme qui avait pris la précaution de stipuler la restitution de la dot et des garanties conventionnelles se trouvait dans une situation préférable à celle que lui conférait le *privilegium inter personales actiones* dont la protection était souvent inefficace ou insuffisante, ainsi que nous le montrerons bientôt.

Nous avons indiqué plus haut qu'en règle générale le *privilegium* n'était accordé à la femme que lorsqu'elle poursuivait la restitution de la dot au moyen de l'action *rei uxoriæ*.

Cette règle comportait des exceptions.

La femme pouvait, en effet, invoquer le *privilegium* dans les cas où elle avait à sa disposition, pour réclamer la dot, la *condictio ob rem dati re non secutâ* ou *condictio sine causa*.

C'est ainsi que la loi 17 § 1. (D. 42. 5) donne le droit de se prévaloir du *privilegium* à la fiancée qui

a constitué une dot à son futur mari en prévision d'un mariage qui n'a pas abouti, et à la mineure de douze ans qui a contracté une union alors qu'elle n'avait pas l'âge requis et dont le mariage était nul.

Dans ces hypothèses, la femme n'avait pas une véritable action en restitution de dot ; car il ne pouvait exister de dot sans un mariage valable. C'est ce qui explique qu'elle agissait non pas au moyen de l'action *rei uxoriæ*, mais au moyen de la *condictio sine causa*. D'ailleurs, il y avait, dans l'un et l'autre cas, des raisons identiques, pour lui permettre d'obtenir la restitution soit de sa dot, soit des biens qu'elle avait apportés pour lui servir de dot, de lui accorder toutes les garanties désirables et notamment le *privilegium inter personales actiones*. La loi 18 D. 42. 5 dit, du reste, à l'occasion de la mineure de douze ans, qu'il était de l'intérêt de l'Etat qu'elle obtienne la totalité des biens qu'elle a donnés, afin qu'elle puisse contracter mariage lorsque l'âge le lui permettra.

De même, dans un cas voisin de ceux que nous venons d'examiner, et où il n'y avait pas non plus mariage valable, la femme avait le *privilegium* sans agir par l'action *rei uxoriæ*. En effet, la loi 22 § 13. D *Solut. matrim.*, envisageant l'hypothèse où une femme a épousé un esclave qu'elle considérait comme

un homme libre, lui permet de demander la restitution des biens qu'elle a apportés en mariage, et d'invoquer le *privilegium* sur le pécule de l'esclave. L'action de *peculio* que la loi 22 § 13 donne à la femme est probablement une *condictio sine causa*. (Voir la loi 1. § 2. D. 12. 7).

Nous connaissons maintenant les cas d'application du *privilegium inter personales actiones*, Il nous reste à en indiquer les caractères et les effets.

Le *privilegium* ne conférait à la femme aucun droit réel opposable aux créanciers hypothécaires, pas plus d'ailleurs que les autres privilèges du droit romain : il donnait seulement un droit personnel de préférence à l'encontre des créanciers chirographaires.

Il tenait, selon nous, un des premiers rangs dans le classement des privilèges. La qualité de la créancière que la loi tenait à protéger, et surtout la nature de la créance dont la restitution était prescrite dans un but politique, semblent indiquer que le *privilegium* devait avoir sa place immédiatement après les privilèges du fisc, des frais funéraires, et d'inventaire, qui trouvaient leur justification dans l'intérêt public, ou celui de la collectivité des créanciers.

Si le mari était fils de famille, le *privilegium* donnait à la femme le droit de primer son beau-père,

mais sur les biens dotaux, et (L. 54. D. 23. 3) les choses achetées avec l'argent dotal seulement. Nous trouvons la justification de cette solution dans la loi 22, § 13. D. 24. 3, que nous avons déjà citée. Comme nous le savons, cette loi, supposant qu'une femme a épousé un esclave qu'elle croyait libre, lui accorde la *condictio sine causa* pour réclamer la restitution des biens qu'elle a apportés pour lui servir de dot. Ce texte décide en outre que, si l'esclave est débiteur de son maître, la femme sera préférée à ce dernier, mais seulement sur les choses qui ont été ou données en dot ou achetées avec la dot : *et si forte domino aliquid debeat servus, non præferatur mulier, nisi in his tantum rebus quæ vel in dote datæ sunt, vel ex dote comparatæ, quasi et hæ dotales sint.* ». Il n'y a aucune raison pour ne pas étendre au *paterfamilias* la décision de la loi 22, § 13, à l'égard du maître de l'esclave. Si le mari est fils de famille, la femme a l'action *rei uxoriæ* contre son beau-père pour demander la dot. Pourquoi ne serait-elle pas préférée au père de son mari sur les biens dotaux ? Il est impossible de lui créer à la dissolution d'un mariage valable une situation plus désavantageuse que celle où la mettait un mariage nul.

Nous pouvons conclure de ce qui précède que le *privilegium inter personales actiones*, s'il affectait, comme tous les privilèges, la généralité du patri-

moine du mari, portait d'une façon plus spéciale sur les biens dotaux (Gide, *loc. cit.*, p. 534). Il ne s'exerçait qu'après la *venditio bonorum*.

Remarquons aussi qu'il garantissait la créance dotale de la femme, mais non les autres créances qu'elle pouvait avoir contre son mari.

La femme ne pouvait renoncer au *privilegium inter personales actiones* dans les cas où elle avait le droit d'en jouir (L. 2. D. 23, 3).

Cette prohibition était d'ordre public, parce qu'il s'agissait d'une garantie de nature à rendre plus certaine la restitution de la dot. Elle recevait son application dans toutes les hypothèses, dans les rapports du mari et de la femme, et dans les rapports de cette dernière et des créanciers du mari.

Toutefois, des auteurs ont soutenu que la femme avait le droit, après la dissolution du mariage, de renoncer au profit du mari, ou de l'un de ses créanciers, à se prévaloir du *privilegium inter personales actiones*.

Selon ces auteurs, les motifs de la prohibition n'existeraient plus une fois le mariage dissous. A cette époque, la femme, soustraite à l'influence de son mari, serait absolument libre de discuter ses intérêts. Pourquoi lui interdire de renoncer à son privilège ?

Nous ne partageons pas cette opinion. Les textes

ne font aucune distinction au point de vue qui nous occupe entre la durée du mariage et la période qui suit sa dissolution. D'ailleurs, les motifs qui ont fait prohiber la renonciation au privilège subsistent lorsque le mariage a pris fin. L'ordre public était intéressé, après comme avant la dissolution de l'union conjugale, à l'exécution rigoureuse des dispositions destinées à favoriser les secondes noces.

Le *privilegium inter personales actiones* a subsisté dans le droit classique et dans le droit de Justinien avec les caractères et les effets que nous venons de lui reconnaître.

Gide a cependant soutenu qu'il avait été renforcé par la loi 30, de *jure dotium* (Constitution de 529), au moyen d'une *prærogativa* le rendant opposable, sur les biens apportés en dot se trouvant encore dans le patrimoine du mari, à tous les créanciers chirographaires et hypothécaires du mari.

D'après Gide, la loi 30, de *jure dotium*, que nous avons déjà étudiée, mais à un autre point de vue, au point de vue du droit de la femme sur les biens dotaux, comprend deux parties bien distinctes : « la première, qui finit aux mots *per hypothecam vindicare*, contient le dispositif de la loi ; la seconde, qui commence aux mots *cum eadem res*, n'en contient que les motifs. » (Gide, *Condition privée de la femme, du caractère de la dot en droit romain*, page 537).

Suivant cet auteur, la première partie du texte conférerait à la femme « une *prærogativa*, c'est-à-dire une simple priorité de rang » ; la seconde partie ne ferait que justifier la première. La loi 30 de *jure dotium* n'aurait pas eu pour but, comme on le prétend généralement, de créer une véritable hypothèque au profit de la femme. Cette hypothèque, la femme ne l'aurait obtenue que par la loi unique, paragraphe 15, C. 3, 13 (Constitution de 530). Si Justinien avait voulu conférer à la femme, non pas une *prærogativa*, mais une hypothèque, il n'aurait pas manqué d'entrer dans de longs détails sur son innovation et d'en vanter les mérites.

A notre avis, la loi 30, de *jure dotium*, n'a pas trait au *privilegium* ; elle n'a pas eu pour but d'en augmenter la force par l'adjonction d'une *prærogativa*.

Rien n'autorise et ne justifie la distinction que Gide établit entre le commencement et la fin du texte.

L'expression *volumus* employée par Justinien dans la dernière partie de la loi 30 semble bien indiquer au contraire qu'on se trouve en présence d'une disposition législative véritable, et non de développements dont le seul objet serait d'expliquer une innovation contenue dans les premières phrases de la constitution.

D'ailleurs, l'opinion de Gide a pour résultat de changer du tout au tout la théorie des privilèges du

droit romain, en donnant à l'un d'eux, au moyen d'une *prærogativa*, le pas sur les créanciers hypothécaires.

Enfin, si, de l'avis de la majorité des commentateurs, Justinien crée dans la loi 30 une hypothèque privilégiée sur les biens dotaux au profit de la femme et une action en revendication utile, il ne se contente pas, comme Gide l'a dit, « de glisser dans une phrase diffuse les mots *hypothecaria* » et « *vindicare* » ; il répète ces termes à plusieurs reprises, et emploie les expressions *jubemus* et *volumus* qui nous semblent assez impératives pour témoigner de son intention de faire une innovation importante.

Nous en concluons que le *privilegium inter personales actiones* est resté sous Justinien ce qu'il était dans le droit classique, et que son insuffisance a entraîné la création de nouvelles garanties au profit de la femme.

CHAPITRE II

HYPOTHÈQUE PRIVILÉGIÉE SUR LES BIENS DOTAUX

Nous avons déjà dit à plusieurs reprises que, selon nous, la loi 30, *de jure dotium*, accorde à la femme une hypothèque privilégiée sur les biens dotaux.

Nous n'avons pas à revenir sur les arguments que nous avons produits ; nous nous contentons de rappeler que, dans la Constitution de 529, Justinien fait plusieurs fois allusion à l'hypothèque qu'il concède à la femme, et déclare que cette innovation a pour but d'empêcher les créanciers hypothécaires du mari de l'évincer.

L'hypothèque privilégiée n'affecte pas tous les biens du mari, mais seulement les biens apportés en dot, qu'ils soient meubles ou immeubles, estimés ou non.

On peut croire, au premier abord, étant donné la loi Julia que nous supposons respectée par le mari et la femme dans le cours de cette thèse, que l'hypothèque, que la loi 30 établie sur les immeubles

dotaux ne présente aucune utilité pour la femme ; et, il semble qu'elle ne se trouvera jamais, à la dissolution du mariage, en présence de créanciers du mari ayant une hypothèque sur les immeubles qu'elle a apportés en dot.

Mais, il faut se garder d'oublier que la prohibition d'hypothéquer le fonds dotal ne s'adresse qu'au mari et à la femme : Des hypothèques légales peuvent donc affecter les immeubles dotaux.

De plus, la loi Julia étant inapplicable aux immeubles qui ont fait l'objet d'une estimation, le mari peut valablement les grever d'hypothèques conventionnelles.

L'hypothèque privilégiée de la loi 30, *de jure dotium*, présente par conséquent pour la femme l'avantage incontestable de primer les créanciers qui ont une hypothèque légale sur le fonds dotal, et les créanciers auxquels le mari a consenti des hypothèques conventionnelles sur les immeubles dotaux estimés.

L'hypothèque privilégiée de la femme affecte aussi les meubles dotaux, qu'ils aient ou non fait l'objet d'une estimation ; et, à ce point de vue, son utilité ne peut être mise en doute un seul instant, puisque, même après la loi Julia, le mari put valablement aliéner et hypothéquer les objets mobiliers et les valeurs dotales faisant partie de la dot.

On a soutenu que, par les mots « *si tamen exstant* »,

la loi 30, *de jure dotium*, avait mis, à l'exercice de l'action hypothécaire de la femme sur les meubles dotaux, la condition que ces biens existent encore à la dissolution du mariage dans le patrimoine du mari.

On a cherché à justifier cette solution en faisant remarquer qu'il serait injuste que la femme pût atteindre par l'action hypothécaire les tiers qui ont acquis des meubles dotaux d'un mari tout à la fois propriétaire et capable d'aliéner.

Quant à nous, nous pensons que les expressions « *si tamen exstant* » n'ont pas la signification étroite qu'on veut leur attribuer ; et, nous estimons qu'ils doivent être traduits par les mots « s'ils (les meubles dotaux) se trouvent encore en nature à la dissolution du mariage, soit dans le patrimoine du mari, soit dans celui des tiers acquéreurs ».

Le verbe *exstare* est employé dans le sens large que nous lui donnons dans plusieurs textes, et notamment dans la loi 50. D., *Sol. matrim.*

D'ailleurs, notre interprétation permet de comprendre la partie de la loi 30, *de jure dotium*, qui s'occupe de la prescription et de l'usucapion se produisant au préjudice de la femme. Si l'hypothèque privilégiée dont nous nous occupons ne comportait pas de droit de suite, cette disposition serait difficilement explicable.

Enfin, la femme, privée de son action hypothécaire contre les acquéreurs de meubles dotaux, aurait une position moins bonne que celle des autres créanciers hypothécaires du mari qui ont certainement le droit de préférence et le droit de suite attachés à leurs hypothèques. L'hypothèque privilégiée de la loi 30, *de jure dotium*, procurerait à la femme des avantages moindres qu'une hypothèque ordinaire, ce qui est évidemment inadmissible.

L'hypothèque privilégiée portait également sur les choses achetées avec l'argent dotal (L. 54, D., 23, 3).

Nous avons décidé que la femme ne pouvait renoncer au *privilegium inter personales actiones*, ni pendant la durée de l'association conjugale, ni après sa dissolution.

Nous donnons la même solution, pour les mêmes motifs, en ce qui concerne l'hypothèque privilégiée établie par la loi 30, *de jure dotium*, sur les biens dotaux.

Nous croyons toutefois qu'à ce point de vue la constitution de 530 (L. unique, C. 5, 13), est venue établir dans son paragraphe 15 une distinction entre les immeubles dotaux qui ont fait l'objet d'une estimation, et ceux qui n'ont pas été estimés.

Ce texte dit, en effet, après avoir indiqué qu'une Constitution d'Anastase (L. 21, C. 4, 29), parle de

femmes renonçant à leur droit d'hypothèque, que cette constitution doit être appliquée aux immeubles dotaux apportés avec estimation, mais seulement à ceux-là.

Il est bon de remarquer que la loi 21, C. 4, 29, ne visait que l'hypothèse d'une renonciation de la femme à une hypothèque conventionnelle ; et que, dès lors, elle ne peut infirmer les solutions que nous avons données pour le *privilegium* et l'hypothèque privilégiée sur les biens dotaux en nous plaçant à une époque antérieure à 530.

Quoiqu'il en soit, dans la constitution qui porte cette dernière date, Justinien fait application de la loi 21, C. 4, 29, à l'hypothèque privilégiée sur les immeubles faisant partie de la dot qui ont fait l'objet d'une estimation.

Quand aux immeubles dotaux qui n'ont pas été estimés, et qui constituent le vrai fonds dotal, Justinien décide qu'ils devront rester intacts. Toute renonciation à l'hypothèque privilégiée, en tant qu'elle affecte ces biens, est interdite. Celle qui interviendrait serait nulle.

Quelle solution donner, après l'année 530, en ce qui concerne l'hypothèque privilégiée de la femme portant sur les meubles dotaux ?

La loi unique, § 15. C. 5, 13, est muette sur ce point, et aucun autre texte ne tranche la difficulté.

Des commentateurs croient qu'il faut étendre aux meubles dotaux la décision donnée par la constitution de 530 pour les immeubles dotaux qui ont fait l'objet d'une estimation. Ils font remarquer que Justinien, s'étant borné à prohiber la seule renonciation à l'hypothèque privilégiée affectant les immeubles apportés en dot sans estimation, il n'est pas possible d'appliquer cette prohibition en dehors du cas qu'elle prévoit.

Nous ne pouvons partager cette opinion. Nous observons que Justinien a toujours eu pour but de protéger la femme, et que, dans la Constitution de 530 elle-même, il déclare qu'il faut la mettre en garde contre sa faiblesse naturelle, l'empêcher de compromettre son patrimoine (*ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam*), et lui interdire de renoncer à ses hypothèques (*ne et consensu mulieris hypothecæ ejus minuentur*). Justinien a permis la renonciation à l'hypothèque privilégiée dans un cas particulier ; mais, il n'a pas entendu accorder à la femme le droit général de renoncer à cette hypothèque.

Nous sommes donc convaincus que la femme ne pouvait abandonner le bénéfice de l'hypothèque privilégiée qu'elle avait sur les meubles dotaux.

CHAPITRE III.

REVENDEICATION UTILE.

Outre l'hypothèque privilégiée sur les biens dotaux dont nous venons de parler, la loi 30, de *jure dotium*, accorde à la femme le droit de revendiquer les biens qu'elle a apportés en dot.

Justinien a-t-il voulu accorder à la femme une véritable action en revendication ? Nous ne le croyons pas ; nous avons déjà indiqué plus haut notre sentiment à cet égard. Rappelons qu'une semblable action eût supposé chez la femme un droit de propriété sur les biens dotaux, droit qu'elle n'eut jamais en droit romain.

Nous nous trouvons donc en présence d'une revendication donnée *utiliter*.

Justinien a voulu généraliser, et étendre aux meubles l'action en revendication spéciale que la femme avait, sous l'empire de la loi Julia, pour faire annuler l'aliénation du fonds dotal opérée sans son consentement. Cette action appartenait au mari ; mais,

la femme pouvait, à la dissolution du mariage, en obtenir la cession. Justinien a supprimé cette cession, et donné l'action à la femme elle-même, en la rendant applicable à tous les biens dotaux.

De ce que la revendication établie par la loi 30, *de jure dotium*, n'est pas une véritable revendication, nous tirons la conclusion qu'elle ne devra recevoir son application qu'à l'égard du mari, de ses héritiers et de ses créanciers.

La femme ne peut donc revendiquer les biens valablement aliénés par le mari, c'est-à-dire après la loi Julia, les immeubles dotaux vendus de son consentement, ce qui fut prohibé par la constitution de 530, et les meubles faisant partie de la dot.

Le tiers acquéreur d'objets mobiliers dotaux est devenu plein et légitime propriétaire. Il aura seulement à craindre l'exercice de l'action hypothécaire privilégiée de la femme ; il pourra, d'ailleurs, dans cette hypothèse, s'il désire garder le meuble dotal qu'il a acquis, se libérer en payant le prix.

Par contre, la femme peut revendiquer les meubles dotaux qui se trouvent en nature dans le patrimoine du mari lors de la restitution de la dot, ainsi que les choses achetées avec l'argent dotal qui sont censées dotales (L. 54, D. 23, 3).

Nous savons déjà qu'elle avait une hypothèque privilégiée sur les meubles dotaux ; mais, elle pou-

vait craindre de ne pas les recouvrer en nature au moyen de son action hypothécaire. Un créancier postérieur avait le droit d'exercer le *jus offerendæ pecuniæ* et ainsi de la priver des meubles dotaux en l'obligeant à se contenter de leur valeur. L'action en revendication utile que la loi 30, *de jure dotium*, confère à la femme présentait donc pour elle l'avantage de recouvrer en nature un objet mobilier auquel elle tenait, ou qui avait augmenté de valeur.

Il est évident que la femme ne peut atteindre par sa revendication les biens meubles et immeubles qui ont fait l'objet d'une estimation, et cela même s'ils se retrouvent en nature à la dissolution du mariage dans le patrimoine du mari.

Nous pouvons maintenant rapprocher l'hypothèque privilégiée et la revendication utile qui toutes deux sont créées par la loi 30, *de jure dotium*, et en indiquer les différences essentielles.

a. — L'action en revendication utile fait obtenir la restitution de la chose elle-même. Le défendeur à l'action hypothécaire peut garder le bien grevé en remboursant la créance.

b. — La femme ne pouvait revendiquer les choses régulièrement aliénées par le mari. Il lui était

loisible, au contraire, d'agir par l'action hypothécaire contre les tiers acquéreurs, à moins toutefois qu'elle n'ait consenti à la vente, ce qui ferait présumer sa renonciation à l'action.

c. — L'action hypothécaire seule s'appliquait aux biens ayant fait l'objet d'une estimation.

CHAPITRE IV

HYPOTHÈQUE TACITE DE LA FEMME SUR LES BIENS DU MARI

Le *privilegium inter personales actiones*, l'hypothèque privilégiée sur les biens dotaux, l'action en revendication utile, constituaient-ils des sûretés suffisantes pour assurer à la femme le recouvrement intégral de sa créance en restitution de dot ?

Justinien ne l'a pas pensé, et selon nous, avec raison.

Dans certains cas, même munie des garanties dont nous avons parlé, la femme pouvait encore redouter l'insolvabilité du mari, et se voir privée d'une partie de sa créance dotale.

Expliquons-nous.

Le mari a peut-être été un mauvais administrateur. Il a laissé ses biens personnels et les biens dotaux se détériorer, perdre de leur valeur, et même disparaître.

Ou bien, la dot, uniquement composée de choses fongibles, s'est confondue avec le patrimoine propre du mari.

Dans l'une et l'autre hypothèse, la femme sera dans l'impossibilité de recouvrer sa créance entière. Insuffisamment payée au moyen des biens qu'elle a apportés en dot, elle pourra, il est vrai, invoquer sur les biens du mari son *privilegium inter personales actiones*, et écarter les créanciers chirographaires; mais, elle sera primée par les créanciers hypothécaires.

C'est ce qui explique que, dans la constitution de 530 dont nous avons déjà parlé, Justinien attache à l'action en restitution de dot une hypothèque tacite portant sur tous les biens du mari, à l'exemple, dit-il, des hypothèques tacites créées pour protéger les pupilles contre l'administration de leurs tuteurs, ou existant dans d'autres hypothèses du droit (notamment au profit du fisc).

Cette hypothèque générale tacite prend rang à dater du mariage; elle affecte les biens présents, et les biens à venir, au moment où ils entrent dans le patrimoine du mari; elle permet à la femme d'écarter tous les créanciers ayant une hypothèque postérieure à la constitution du mariage.

Justinien permet à la femme de renoncer au bénéfice de l'hypothèque tacite. Il décide, en effet, que la constitution d'Anastase (sur laquelle nous ne jugeons pas utile de revenir) doit être appliquée en ce qui touche les biens du mari. Nul doute n'est donc possible.

CHAPITRE V

HYPOTHÈQUE PRIVILÉGIÉE PRIMANT MÊME LES HYPOTHÈQUES ANTÉRIEURES AU MARIAGE.

Il semble que les femmes eussent dû, après la constitution de 530, se montrer satisfaites des garanties qui leur étaient données cumulativement pour mettre leurs créances en restitution de dot à l'abri des conséquences de l'insolvabilité de leurs maris.

Il n'en fut rien cependant.

Elles se plaignirent que, dans les hypothèses que nous avons indiquées pour justifier l'innovation de l'hypothèque générale tacite, mauvaise administration du mari qui laisse ses biens personnels et les biens dotaux se dégrader, confusion du patrimoine du mari et de la femme, et dans d'autres hypothèses semblables, elles soient exposées, sans le savoir à cause du défaut de publicité du système hypothécaire romain, à se trouver, à la dissolution du mariage, en présence de créanciers hypothécaires du

mari, antérieurs au mariage, et en droit par conséquent d'invoquer contre elles pour les évincer la règle *prior tempore potior jure*.

Justinien fit droit à ces réclamations dans une constitution de 531 connue sous le nom de loi *assiduis* (L. 12, C. 8, 18).

Cette loi donna en effet à la femme sur les biens du mari une hypothèque privilégiée qui lui permit de primer tous les créanciers hypothécaires du mari, même ceux qui étaient antérieurs au mariage.

L'innovation de la loi *assiduis* est injustifiable en présence des garanties que nous avons précédemment étudiées et qui étaient suffisantes pour sauvegarder la créance dotale de la femme.

Elle eut une conséquence désastreuse qui fut d'enlever tout crédit aux jeunes gens.

Tous les interprètes du droit romain s'accordent pour la critiquer et la trouver exorbitante.

DROIT FRANÇAIS

Des règles protectrices des droits des créanciers du mari au cas de séparation de biens judiciaire

INTRODUCTION

Les pouvoirs du mari sur la dot sont considérables sous tous les régimes matrimoniaux, et notamment sous le régime de la communauté, qui est le régime de droit commun, où ils sont presque ceux d'un propriétaire.

La loi ne pouvait manquer d'organiser une série de mesures de protection pour la femme menacée de voir sa fortune perdue par la mauvaise administration ou les folles dissipations du mari.

Si les époux ont adopté tacitement ou d'une façon expresse le régime de droit commun, le législateur permet à la femme de répudier la communauté qu'elle

croit mauvaise, et il lui accorde, si elle juge à propos de l'accepter, un bénéfice particulier, le bénéfice d'émolument.

Quel que soit le régime matrimonial des conjoints, les créances de la femme sont garanties par une hypothèque légale qui frappe tous les biens du mari; et, si, au cours du mariage, sa dot est mise en péril, elle peut recourir à la séparation de biens judiciaire, et reprendre l'administration de sa fortune.

La séparation de biens judiciaire, bien que d'une gravité exceptionnelle, puisqu'elle porte atteinte au pacte matrimonial, a été maintenue sans discussion dans le Code civil.

C'est que la tradition et le principe même de cette institution l'imposaient.

D'abord inconnue au début du droit romain à cause du principe qui faisait du mari le propriétaire, le maître absolu de la dot, la séparation de biens finit par être introduite dans la législation, à côté d'autres protections non moins efficaces, pour servir de contrepoids aux pouvoirs du mari.

Dans les pays de droit écrit, elle fut admise comme une dépendance nécessaire du régime dotal; et, dans les pays de coutume, comme un emprunt qu'il importait de faire à ce régime pour tenir en échec la puissance absolue du mari sur la communauté.

Il n'y a pas lieu de s'étonner de l'unité de légis-

lation que l'ancien droit présentait sur ce point. N'était-il pas éminemment juste de protéger la femme contre les abus de la puissance maritale, et de lui permettre de reprendre sa dot mise en péril par la mauvaise administration ou les dissipations de son mari ?

C'est pour ces raisons que les législateurs de 1804 firent sans difficulté une place dans le Code Civil à la séparation de biens judiciaire. Par contre, ils s'attachèrent à prévenir les dangers que l'admission d'une mesure qui porte une atteinte aussi grave au régime matrimonial peut causer aux tiers et notamment aux créanciers du mari.

L'orateur du gouvernement, Berlier, a dit en effet au Conseil d'Etat : « Le secours de la séparation de biens dû à l'épouse malheureuse d'un mari dissipateur, ce secours dû dans tous les systèmes et sous le régime dotal comme sous celui de la communauté, ne pouvait disparaître de nos lois ; mais, il est aussi du devoir du législateur de rendre la fraude plus difficile en appelant surtout la surveillance de ceux qu'elle peut blesser ».

Le législateur a atténué dans une très large mesure les dangers incontestables que présente la séparation de biens judiciaire, en prescrivant dans l'intérêt des tiers, et principalement des créanciers du mari, un grand nombre de règles protectrices dans

l'examen desquelles nous allons entrer dans cette thèse et que nous étudierons et justifierons dans l'ordre suivant :

1° De la prohibition des séparations de biens volontaires.

2° De la publicité de la demande en séparation de biens judiciaire.

3° Du délai d'un mois qui doit séparer la demande du jugement.

4° Du droit des créanciers d'obtenir communication de la demande et des pièces justificatives, et de leur droit d'intervention.

5° De la publicité du jugement de séparation de biens.

6° De l'exécution du jugement dans la quinzaine.

7° Du droit des créanciers du mari d'attaquer les jugements de séparation de biens rendus en fraude de leurs droits.

8° En quel sens doit être entendu l'effet rétroactif du jugement de séparation de biens.

9° Les effets de la séparation de biens accessoire ne rétroagissent pas au jour de la demande.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PROHIBITION DES SÉPARATIONS DE BIENS VOLONTAIRES.

SECTION I. — *Fondement et origine du principe.*

La séparation de biens doit être une ressource extrême, car elle porte une atteinte profonde à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Elle ne saurait donc se faire d'une manière capricieuse et clandestine ; l'intérêt du crédit public et des époux eux-mêmes s'y oppose.

Sur quelles bases reposeraient les transactions si elles pouvaient tomber devant une séparation de biens qui se serait produite à l'insu de tous et qui serait tout à coup opposée aux tiers ?

D'autre part, les créanciers du mari ne sauraient être privés, comme nous le verrons, du droit de veiller à ce que la séparation de biens ne soit pas le résultat d'une fraude concertée à leur préjudice.

De plus, si elle pouvait être volontaire, ne serait-il

pas à craindre que la séparation de biens ne devint, dans certains cas, un moyen indirect pour la femme, qui renoncerait à une communauté excellente d'assurer au mari des avantages repoussés par la loi.

Enfin, il serait également à redouter que la femme n'obtienne trop facilement de son mari une séparation dont la conséquence est de la rendre capable d'administrer et de jouir de ses biens.

Aussi comprend-on la prohibition contenue dans le paragraphe 2 de l'art. 1443 du Code civil : « toute séparation de biens volontaire est nulle ».

On s'étonne même qu'un principe aussi justifié eût pu être mis en doute et que le Droit romain y ait apporté des exceptions (1).

Dans l'ancien droit, on avait généralement reconnu qu'à cet égard il fallait abandonner la voie tracée par le législateur romain.

Certaines coutumes prononçaient expressément la nullité des séparations des biens volontaires (2).

La plupart des auteurs approuvaient leur décision (3).

1. Voir... de...
de la...

2. C. d'Orléans, art. 198. C. de Dunois, art. 58. C. de Sédañ, art. 97. C. de Melun, art. 215. C. de Berry, art. 49.

3. Voir Louet, Lettre S, n. 16. Brillou, *Sép.*, n. 46. Bardet, t. I, 4, chap. 11. Lebrun, *Communauté*, p. 280. Pothier, *Communauté*, n. 514. Merlin, *Rép.*, *Séparation de biens*, sect. 2,

« Les séparations soit de corps, soit de biens, disait Denizart (1), ne peuvent se faire valablement par des actes volontaires ; il faut qu'elles soient prononcées judiciairement en connaissance de cause : la justice peut seule faire des séparations légitimes, parce qu'un acte volontaire dans une matière de droit public telle qu'une séparation est absolument sans effet. »

On décidait même et avec raison que les séparations n'étaient pas valables lorsque le jugement qui les prononçait n'intervenait que d'après le consentement des époux (2).

Cependant, il était de jurisprudence dans les pays de droit écrit que les séparations de biens pouvaient avoir lieu sans décret du juge civil (3).

§ 3, art. 1 et 2. Troplong, *Contrat de mariage*, n. 1336. — Et les arrêts du Parlement de Dijon du 14 juillet 1662 dans Raviot sur Perrier, quest. 251, n. 54; de Paris, 14 décembre 1691 dans Augeard, t. 1, n. 69, et 14 mai 1695 dans le *Journal des Audiences*, t. V.

1. Denizart, *Décisions*, v^o *Sép.*, n. 18 et 19.

2. Arrêt du Parlement de Paris du 27 mars 1708 (Denizart, *loc. cit.*, n. 22). En ce sens, Duplessis, *Communauté*, liv. 2, ch. 2. Denizart, *loc. cit.* n. 21. Ferrière, *Dict. de droit*, v^o *Sép. de biens*, p. 593.

3. Artois, Cass., 11 juillet 1809 (Dalloz, *Jur. gén.*, t. 13, C. de Mar. n. 1690. La Flandre, Merlin, *loc. cit.* Le Brabant, Cass., 30 germinal an X (Dalloz, *loc. cit.*, n. 1691). Le Piémont, Turin, 28 mars 1806 (D., *loc. cit.*, n. 1694).

Et, dans les pays de coutume, on s'accordait généralement à regarder les séparations de biens volontaires comme irrévocables, lorsque la dissolution du mariage s'était opérée par le décès de l'un des époux (1).

« La raison de cette différence est sensible, dit Merlin (2). Tant que le mariage subsiste, chacun des époux a le droit d'exiger que l'autre le traite en mari ou en femme, et par conséquent qu'il le fasse jouir des effets d'une communauté que la loi attache en quelque sorte à leur état et qui représente parfaitement l'union dans laquelle ils doivent vivre; mais, quand la mort a enlevé l'un ou l'autre des époux, quel motif peut engager soit le survivant, soit les héritiers du décédé à réclamer contre une séparation de biens dans laquelle il n'y a eu ni dol, ni fraude, ni violence, ni contravention à la loi prohibitive des avantages entre mari et femme? Le premier serait-il recevable à demander le partage d'une communauté qui s'est enrichie sans ses soins

1. Parlement de Paris, 1^{er} décembre 1626 et 5 septembre 1635 dans Bardet, t. 1, liv. 4, ch. 11; 26 janvier 1662 dans Delaville, *Dict.*, n, 4691. Parlement de Dijon, 15 décembre 1644 et 1^{er} juillet 1699 dans Raviot sur Perrier, quest. 251, n° 65. Parlement de Flandre, 26 mai 1746 dans Merlin, *loc. cit.* et Brillonn, v° *Sép.* n. 46.

2. Merlin, *loc. cit.*

ni sa participation, et les autres doivent-ils être admis à dépouiller le survivant des biens qu'il a acquis seul et sans le concours de leur auteur ? Ecouter de pareilles réclamations, ce serait inviter les époux à se tendre des pièges à eux-mêmes et au public. »

Ces raisons pouvaient avoir quelque poids dans l'ancien droit où certaines coutumes seulement proscrivaient d'une façon expresse les séparations de biens volontaires ; mais, elles sont sans valeur sous l'empire du Code civil : Merlin le reconnaît lui-même.

Il est presque inutile de dire, étant donné le principe de la non rétroactivité des lois, que les séparations de biens conventionnelles, qui s'étaient produites dans les provinces où elles étaient considérées comme valables, n'ont pas été révoquées par la publication de l'article 1443 du Code civil (1). Et, ce même article n'a pu être un obstacle à ce qu'elles interviennent régulièrement après 1804 entre des époux mariés sous l'empire de coutumes qui leur permettaient de déroger à leurs conventions matrimoniales (2).

1. En ce sens Turin, 28 mars 1806 (D., *loc. cit.*, n° 1692).

2. Liège, 22 juillet 1821 et Cass. Belgique, 13 mai 1839 (D., *loc. cit.*, n. 1695).

SECTION II. — *Étendue de la prohibition des séparations de biens volontaires.*

L'article 1443 du Code civil porte que *toute séparation de biens volontaire est nulle.*

Les termes mêmes de cet article veulent qu'on entende la prohibition qu'il édicte de la façon la plus large et la plus absolue.

Tombent donc sous son application les conventions, les actes de toute nature, et même les jugements qui emportent ou dissimulent une séparation de biens volontaire.

§ 1. — *Application de la prohibition aux conventions.*

Quelle que soit sa forme, l'accord qui intervient entre époux, avant, ou pendant un procès en séparation de biens, et dont le but est de donner à la femme l'administration de ses biens, doit être annulé par application de l'article 1443 du Code civil.

C'est donc avec raison que la Cour de Riom a refusé de reconnaître la validité d'un traité passé entre deux conjoints pour mettre fin à un procès en séparation de biens et portant autorisation pour la

femme d'administrer et même d'aliéner ses biens propres et certains acquêts de la communauté. Il y avait bien là une substitution clandestine pendant le mariage d'un contrat à celui qui avait été rédigé avant l'union conjugale (1).

Par contre, il reste constant que les conventions qui ne dérogent pas aux conventions matrimoniales des époux sont valables. On s'étonne par suite qu'on ait voulu voir une séparation de biens volontaire dans l'acte par lequel des conjoints, sans modifier aucunement leur contrat de mariage, et dans le but de faire un partage testamentaire entre leurs enfants, procèdent entre eux à la division de leur communauté, mais sans la faire cesser à l'égard des tiers. Ce n'est là qu'un partage provisionnel qui, de même qu'un partage provisionnel entre héritiers, est susceptible de ratification par l'époux survivant (2).

§ 2. — *Application de la prohibition aux actes unilatéraux.*

Tout acte émanant du mari dont la conséquence

1. Arrêt de Riom, 9 juin 1807, dans Dalloz, *loc. cit.*, p. 353.

2. En ce sens, Paris, 23 juin 1847 (S. 49, 2, 554; D., 50, 2, 10).— *Sic* Dalloz, *loc. cit.* Aubry et Rau, t. 8, § 731, note 7.

est une séparation de biens volontaire est nul et entraîne la nullité de la séparation qui procède de lui.

Il en est ainsi, par exemple, de l'asquiescement pur et simple donné par le mari à la demande de la femme.

Certains auteurs indiquent la même solution pour l'asquiescement à un jugement de séparation de biens par défaut.

Nous ne partageons pas leur opinion parce que, selon nous, il n'y a pas identité de situation dans les deux cas.

Dans le second, un jugement a été rendu : la demande de la femme a été accueillie en connaissance de cause (1).

Aucun concert frauduleux n'est à craindre. L'article 1443 du Code civil ne doit plus recevoir son application.

L'ancien droit donnait déjà cette solution. Denizart faisait, en effet, les observations suivantes : « On ne regarde pas comme séparations volontaires celles que les maris laissent juger par forclusion et auxquelles ils asquiescent tacitement. Il en est beaucoup, et ce sont les plus sages, qui, cédant à la vo-

Massé et Vergé, t. 3, § 506. note 2. Genty, p. 152. Demolombe, t. 23, n. 83 et *Revue critique*, t. I, p. 142 et suiv. Colmet de Santerre, t. 4, n. 244, *Contra*, Laurent, t. XV, n. 49.

1. Art. 150, C. pr. civ.

lonté impérieuse d'une femme pour éviter un éclat fâcheux..., laissent à la justice le soin de les défendre... D'ailleurs, on ne peut forcer qui que ce soit de résister à une demande juste... (1)» .

La séparation de biens pouvant incontestablement être prononcée par défaut, qu'importe que l'exécution soit volontaire ou forcée (2), que l'asquiescement du mari soit exprès ou tacite ?

On admet, cependant d'une manière générale que l'asquiescement à un jugement par défaut n'empêcherait pas le mari de former opposition ou d'interjeter appel, s'il était encore dans les délais pour le faire (3). Selon nous, cette doctrine devrait être rejetée. De deux choses l'une. Ou l'asquiescement du mari à une séparation de biens obtenue judiciairement donne à celle-ci le caractère de séparation de biens volontaire : ou bien, non.

1. Denizart, *Décisions*, v^o *Sép.*, n. 20.

2. L'article 1444 du Code civil admet la validité de l'exécution volontaire du jugement de séparation de biens, sans distinguer aucunement entre les jugements contradictoires et les jugements par défaut. V. *infra* : Sur notre question, voir : Cass., 21 août 1838 (D. 38, 1, 363). Aix. 14 décembre 1837 (D. 38, 2, 40). Dalloz, *loc. cit.*, n. 1699. Massé et Vergé, t. IV, § 648, note 1. Aubry et Rau, t. V, § 515, p. 387. *Contrà* : Colmar, 8 août 1833 (D. 38, 2, 204). Dalloz, *mot acquiescement*, n. 189.

3. Dalloz, *loc. cit.*, n. 1669.

Admettre cette dernière opinion, c'est reconnaître la validité de l'acquiescement, qui ne pourrait dès lors tomber que conformément au droit commun, s'il avait été obtenu par erreur, dol, ou violence.

Le jugement qu'il a pour but d'approuver devient définitif, et on ne voit pas comment il serait susceptible d'une voie de recours ordinaire, comme l'opposition ou l'appel.

Plus discuté est le point de savoir si la séparation de biens prend le caractère de séparation de biens conventionnelle prohibée par la loi dans le cas où le mari se désiste de l'opposition qu'il a formée à un jugement par défaut qui la prononce.

La Cour de Grenoble a jugé que l'opposition remet en question entre le mari et la femme la séparation de biens elle-même, et que le désistement de cette voie de recours rend par cela seul la séparation de biens volontaire (1).

Nous n'approuvons pas cette jurisprudence. L'opposition n'anéantit pas le jugement contre lequel elle est dirigée ; elle annonce simplement l'intention de le contester. Tant qu'une autre décision ne l'a pas annulé, ce jugement subsiste dans toute sa force. Si donc il n'est pas donné suite à l'opposition,

1. Arrêt de Grenoble, 16 juillet 1824 dans Dalloz, *loc. cit.*, p. 354.

les choses restent entières : c'est comme si le jugement n'avait été l'objet d'aucune voie de recours.

Le désistement est dès lors bien loin de constituer un asquiescement à la demande ; il a tout juste la portée d'une renonciation à la faculté de contester le jugement.

Cette doctrine est celle de la Cour de cassation et de la plupart des auteurs (1).

Elle a été fort bien exposée et justifiée dans les motifs d'un arrêt de la cour de Lyon en date du 27 mai 1829 (2).

« Attendu, dit cet arrêt, que la séparation de biens des époux B... avait été prononcée par jugement du 24 juillet 1810, après les conclusions du ministère public et la vérification du tribunal ; attendu qu'ainsi toutes les précautions prises dans l'intérêt des tiers pour rendre la séparation judiciaire avaient été accomplies et que le jugement ne pouvait être attaqué principalement par le ministère public ; attendu que la voie d'opposition n'était ouverte qu'au mari et par conséquent dans son intérêt seul et que par suite il lui a été loisible de laisser acquiescer au jugement vis-à-vis de lui la force de la chose jugée, soit en n'usant pas de son droit

1. Cass., 29 août 1827 dans Dalloz, *loc. cit.*, p. 354. Aubry et Rau, t. V. § 515, p. 387.

2. Dalloz, *loc. cit.*

d'opposition, soit en s'en départant après en avoir usé ; attendu qu'il est de principe que l'opposition à un jugement par défaut n'anéantit pas de plein droit ledit jugement, mais qu'elle se borne à paralyser son exécution et à laisser son mérite en suspens, tellement que, si l'opposition est anéantie par un second jugement ou par un désistement, elle est censée n'avoir jamais existé, et le jugement primitif conserve toute sa force ; attendu qu'ainsi le traité intervenu entre les époux B. et C., bien loin de constituer une séparation volontaire, n'a fait que conserver à la séparation de biens volontaire son efficacité qui avait été suspendue en détruisant l'obstacle qui avait momentanément produit cet effet. »

Nous admettons la même solution pour des motifs identiques au cas de désistement d'un appel. (Aubry et Rau, t. 5, § 515, p. 387).

§ 3. — *Application de la prohibition aux jugements.*

Ce ne sont pas les seules séparations de biens résultant de conventions entre époux, ou procédant d'actes unilatéraux du mari, qui tombent sous l'application de l'article 1443 C. civ, ce sont aussi, comme nous l'avons déjà indiqué, celles qui, bien que pro-

noncées par une décision judiciaire, n'en présentent pas moins les caractères de séparations de biens volontaires. Nous voulons parler des séparations ordonnées par des jugements qui seraient rendus sur l'aveu du mari, ou dont l'exécution serait subordonnée à l'accomplissement d'une condition potestative ou casuelle.

La loi prohibe expressément l'aveu du mari comme preuve des causes de la séparation de biens. L'art. 870 C. pr. civ. s'exprime, en effet, dans les termes suivants : « L'aveu du mari ne fera pas preuve, lors même qu'il n'y aurait pas de créanciers ».

Cette disposition est tout à fait inutile en présence de l'art. 1443 C. civ. La prohibition de l'aveu du mari comme preuve en notre matière découle naturellement de la prohibition des séparations de biens volontaires.

Quoiqu'il en soit, la femme doit établir le péril de sa dot en dehors de toute reconnaissance ou aveu du mari, et cela, alors même que ce dernier n'aurait pas de créanciers, et, dans l'hypothèse contraire, que certains d'entre eux confirmeraient ses déclarations.

Au cas d'absence de créanciers, il reste à craindre que la femme ne demande la séparation de biens qu'afin d'apporter une modification profonde à son contrat de mariage ou de pouvoir renoncer à une

communauté avantageuse et faire ainsi à son mari des avantages indirects repoussés par la loi.

Et, s'il existe des créanciers, n'est-il pas à redouter que ceux qui acceptent ou approuvent les aveux du mari ne se soient entendus avec les époux pour frustrer les créanciers absents ?

Quant aux jugements prononçant la séparation de biens dont l'exécution serait subordonnée à l'accomplissement d'une condition potestative ou casuelle, ils devraient être annulés, comme ceux qui auraient été rendus sur l'aveu du mari, avec la séparation de biens elle-même.

Admettre une autre solution, ce serait rendre la séparation de biens facultative dans notre hypothèse. Les époux, en accomplissant ou non la condition, pourraient se séparer de biens ou ne pas se séparer à leur gré.

Il leur est loisible, il est vrai, d'adopter en se mariant tel ou tel régime sous une condition. Le grand principe de la liberté des conventions matrimoniales les y autorise.

Mais, la faculté qui leur est donnée d'obtenir de la justice une séparation de biens est exceptionnelle, et l'incertitude en cette matière constituerait un piège pour les tiers.

C'est par application de cette idée que la cour de Rouen a annulé une séparation de biens qui avait

été prononcée sous la condition potestative pour le mari qu'il ne donnerait pas caution pour sûreté des sommes provenant d'une succession échue à sa femme et qu'il pourrait être à même de percevoir (1).

SECTION III. — *Conséquences de la prohibition des séparations de biens volontaires.*

La séparation de biens, ne pouvant être volontaire, doit nécessairement être prononcée par la justice. L'article 1443 § 1^{er} C. civ. le dit formellement.

La juridiction compétente est la juridiction de droit commun, le tribunal de première instance ; mais quel tribunal de première instance ? Evidemment celui du domicile du mari ; car, d'un côté, la femme n'a pas elle-même d'autre domicile, et d'autre part, le mari, étant défendeur au procès, on doit appliquer la règle « *Actor sequitur forum rei* ». On ne peut nier que l'action soit purement personnelle ; or, l'article 59 parag. 1^{er} C. pr. civ. dispose que le défendeur à une telle action doit être assigné devant le tribunal de son domicile.

Si l'on voulait déterminer la compétence en se pla-

1. Rouen, 24 novembre 1812 (D. J. G., *loc. cit.*, n. 1703).

çant au point de vue de la société civile qui existe entre les époux et qu'il s'agit de dissoudre, on arriverait au même résultat, puisqu'aux termes de l'article 59 précité, § 5 C. pr. civ., le défendeur doit être assigné, en matière de société, tant qu'elle existe, devant le tribunal du lieu où elle est établie, et que le lieu où est établie la société des époux est celui du domicile du mari (art. 108 C. civ.).

De plus, ce qui démontre bien que le législateur a considéré le tribunal du domicile du mari comme essentiellement compétent pour connaître de la demande en séparation de biens, c'est que, par l'article 872 C. pr. civ., il oblige la femme à publier le jugement de séparation de biens « dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari. »

Enfin, indépendamment des règles du droit, l'intérêt des tiers exige qu'il en soit ainsi.

Comment, en effet, serait-il loisible à la femme de porter sa demande en séparation de biens et de remplir les formalités de publicité prescrites par la loi devant un tribunal qui ne serait pas celui du domicile du mari, et qui pourrait être choisi par les époux à une distance telle que les créanciers résidant le plus souvent dans le lieu du domicile conjugal seraient dans l'impossibilité presque absolue d'agir en temps opportun pour la conservation de leurs

droits? Il serait certainement injuste dans cette hypothèse d'opposer aux créanciers qui n'auraient pas exercé leur droit d'intervention la déchéance établie par l'article 873 du Code de procédure civile. Il faudrait donc leur reconnaître la faculté indéfinie d'attaquer le jugement de séparation de biens. Et une pareille conséquence est inadmissible.

On doit décider, dès lors, que tout tribunal autre que celui du mari serait incompétent, même *ratione materiæ* (1).

L'ancien droit était en ce sens.

La solution serait la même bien que la demande émanât d'une femme étrangère qui aurait épousé un Français mais qui résiderait de fait dans le lieu de son origine (Dalloz, J. G. *Contrat de mariage*, n° 1716).

De ce qui précède, il résulte que la séparation de biens doit être prononcée par le tribunal de première instance du domicile du mari.

Elle ne pourrait donc pas procéder d'une sentence arbitrale.

Avant 1804, et en exécution de la loi du 24 août

1. Trib. civ. Sens. 10 mai 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 1, 816). Cass. 18 novembre 1835 (S. 36, 1, 118). V. Guillouard, *Contrat de mar.*, t. III, n. 1115. Carré et Chauveau, t. VI, *Quest.* 2927 et *Suppl. alphab.* v° *Sép. de biens*, n. 1. Rodière et Pont, t. III, n. 2126. Dutruc, *Traité de la sép. de biens*, n. 100. Dalloz, *Code de procédure annoté*, art. 865, n. 15 et suiv.

1790 (1), la séparation de biens entre époux majeurs était souvent portée devant des arbitres. La jurisprudence considérait cette pratique comme valable.

Le projet du Code civil, au contraire, prohibait formellement le compromis dans un article spécial.

La suppression de cette disposition n'a pas changé la solution.

Les termes du paragraphe 1^{er} de l'article 1443 C. civ. et le mode de publicité prescrit par la loi relativement à la demande et au jugement, sont encore suffisants pour exclure toute idée d'arbitrage.

D'ailleurs, les articles 1003 et 1004 C. pr. civ., font disparaître les doutes qui subsisteraient à cet égard.

L'article 1003 ne permet en effet de compromettre que sur les objets dont on a la libre disposition, et, les époux ne peuvent se séparer de biens volontairement.

De plus, l'article 1004 défend textuellement le compromis sur les séparations d'entre mari et femme, sans distinguer entre les séparations de biens et les séparations de corps.

Le même article, généralisant sa pensée, étend la prohibition qu'il édicte à toutes les contestations qui seraient sujettes à communication au ministère

1. Tit. 10, art. 12,

public ; or, les séparations de biens se trouvent dans ce cas (1).

La question ne peut donc plus être discutée sérieusement.

SECTION IV. — *Sanction de la prohibition des séparations de biens volontaires.*

Le moment est venu, après avoir indiqué l'étendue et les conséquences de la prohibition des séparations de biens volontaires, d'en déterminer la sanction.

Le projet du Code Civil portait :

« Toute séparation de biens est nulle tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des conjoints entre eux. »

Les deux derniers membres de phrase ont été supprimés lors de la rédaction définitive, non point pour diminuer la portée de la disposition, mais sans doute parce qu'ils renfermaient une explication superflue.

1. Dalloz, *Jurisp. gén. C. de mariage*, n. 1697, et mot *arbitrage*, n. 312. Dutruc, *Sép. de biens*, p. 22.

Les motifs qui ont fait proscrire les séparations de biens volontaires indiquent suffisamment que c'est une nullité absolue et d'ordre public qui atteint ces séparations.

Il en résulte qu'elle peut être invoquée par tout intéressé, par les créanciers du mari notamment, et par les époux eux-mêmes ; et qu'elle s'applique, non pas seulement à la séparation de biens elle-même, mais encore à toutes les conventions et à tous les actes dont elle serait la base ou qui s'y rattacheraient.

Par exemple, serait entaché de nullité le partage amiable de la communauté qui aurait suivi la séparation volontaire. Le mari serait donc recevable à demander la restitution des biens que ce partage aurait fait échoir à la femme.

De plus, si depuis la séparation, cette dernière avait acquis par succession, donation ou autrement, de nouveaux biens qui auraient dû, sans le changement apporté au régime matrimonial, tomber dans la communauté, le mari serait fondé à en réclamer, suivant les cas, soit l'usufruit, soit la pleine propriété.

Aurait-il aussi le droit de répéter tous les fruits perçus par la femme pendant le temps de la séparation de biens volontaire ?

Il est certain que la femme serait tenue de resti-

tuer les fruits existants et capitalisés. Quant à ceux qu'elle aurait consommés, la question est douteuse. Beaucoup d'auteurs prétendent qu'ils ne sont pas sujets à répétition bien que la gestion de la femme procède d'une séparation illicite et radicalement nulle. Ils font remarquer, à bon droit, selon nous, que les fruits consommés sont la satisfaction des besoins personnels de la femme auxquels le mari eût dû subvenir si la communauté n'eût pas été dissoute en fait.

La nullité de la séparation de biens volontaire entraînerait-elle la nullité du paiement de la dot que, par suite de cette séparation, le mari aurait fait à la femme, et autoriserait-elle celle-ci à réclamer de nouveau ses reprises en vertu du contrat de mariage ?

La question est très controversée (1).

L'ancien droit n'a pas négligé les intérêts de la femme.

Mais, ce n'est pas seulement la crainte de voir le mari privé des revenus de la dot qui a fait annuler dans l'ancienne jurisprudence le paiement prématuré des reprises de la femme ; c'est aussi l'appréhension du péril que pourrait courir la dot si un tel paiement était autorisé. On a redouté que la

(1) V. notamment *Revue de droit français*, 1890, p. 100.

pot, remise prématurément à la femme, ne revînt dans les mains du mari, et que la femme n'en soit à jamais dépouillée. Aussi, a-t-on décidé que le mari n'était affranchi de toute répétition que dans le cas où il était constaté que le paiement avait tourné au profit de la femme (1).

Que décider sous l'empire du Code civil ?

D'abord, il est incontestable que, s'il était démontré que la remise de la dot faite à la femme après une séparation de biens volontaire constitue une donation déguisée, cette remise serait complètement impuissante à libérer le mari (2).

Mais, en dehors de cette hypothèse, le paiement anticipé de la dot serait-il entaché de nullité ?

Nous le croyons. Nous remarquons, en effet, en premier lieu, que la nullité d'un acte ou d'un jugement s'étend à son exécution. Autrement, la sanction établie par la loi serait complètement illusoire. La séparation de biens volontaire étant proscrite par la loi, comment pourrait-on consacrer ses conséquences ? Ne serait-ce pas détruire d'une main ce que l'on aurait édifié de l'autre ?

En second lieu, le mari est responsable de la dot dont le dépôt lui a été confié. Il ne doit pas s'en dessaisir tant qu'une séparation de biens judiciaire

1. Despeisses, *De la dot*, part. 1, tit. 15, sect. 3.

2. Troplong, *C. de mariage*, n. 1346.

ne l'a pas frappé de déchéance. S'il la restitue avant cette époque, il commet une faute ; la femme n'est pas capable de recevoir ; la dot peut périr entre ses mains. Il doit donc la retenir jusqu'au moment où cesse sa responsabilité.

D'ailleurs, son influence sur la femme n'est-elle pas à craindre ? n'en abusera-t-il pas pour obtenir la restitution de la dot après en avoir effectué le paiement ?

Un auteur, M. Troplong, considère comme exorbitant le droit accordé à la femme de réclamer une deuxième fois sa dot. Selon lui, le mari est victime d'un sacrifice qu'il s'est imposé, et tout profite au contraire à la femme, jusqu'à sa faute.

Nous ne pouvons regarder la remise anticipée de la dot comme un sacrifice arraché par la femme au mari. Il est bien peu présumable que celui-ci consente à se dessaisir de la dot sans avantage pour lui ; et, s'il en effectue le paiement avant d'y être obligé, il est naturel de croire qu'un intérêt l'y pousse.

Cependant, s'il faut protéger la femme contre sa propre faiblesse et les abus de la puissance maritale, même quand elle a participé à une convention illicite comme dans notre hypothèse, il importe de ne pas lui permettre de s'enrichir aux dépens de son mari. Aussi sommes-nous d'avis, avec beaucoup

de commentateurs (1), de décider que, si la femme avait fait un emploi utile des sommes qui lui auraient été payées par anticipation, le mari serait à l'abri de toute répétition. Ici, la situation est dominée par cette règle de haute équité que le paiement fait au créancier incapable de le recevoir est néanmoins valable, s'il est prouvé qu'il a tourné à son profit (Article 1241 du Code civil).

Or, la femme est créancière, puisque sa créance est garantie par une hypothèque légale, et qu'on lui reconnaît le droit de produire, pendant le mariage, aux ordres ouverts sur le prix des biens de son mari et de s'y faire colloquer.

De plus, elle est certainement incapable jusqu'à la séparation de biens.

Il y a donc lieu de lui appliquer les dispositions de l'article 1241 du Code civil.

Quant aux intérêts échus de la dot, ils ne produiront eux-mêmes d'intérêts que par une demande judiciaire ou par une convention spéciale. Ils ne peuvent être capitalisés par cela seul qu'ils courent de plein droit. On exciperait en vain de ce qu'il peut en être autrement en matière de tutelle. Si le tuteur est tenu de l'intérêt des intérêts, c'est non

1. Toullier, t. XIV, n. 262. Tessier, *De la dot*, t. II. p. 229 et 230. Aubry et Rau, t. V, § 515, note 18 p. 386 et suivantes. Guillouard, *C. de mariage*, t. III, n. 1111. *Contra*, Laurent, t. XXII, n. 198.

par le motif que les intérêts courent de plein droit, mais parce qu'il n'a pas fait du capital l'emploi prescrit par les articles 455 et 456 du Code civil (1).

Les intérêts de la dot qui seraient capitalisés, n'étant pas des accessoires nécessaires de cette dot, ne constitueraient qu'une créance nouvelle, et par suite ne seraient pas garantis par l'hypothèque légale de la femme. Cette créance ne jouirait du bénéfice de l'hypothèque qu'à dater de l'inscription qui en serait prise (2).

Voici d'autres conséquences de la nullité des séparations de biens volontaires.

La clause pénale qui serait destinée à les sanctionner tomberait sous l'application de l'article 1443 § 2 du Code civil (3).

Pareillement, la disposition testamentaire par laquelle la femme défendrait à ses héritiers, enfants d'un autre lit, d'attaquer le partage qu'elle aurait fait avec son mari en exécution d'une séparation de biens volontaire, ne saurait avoir aucune valeur (4).

1. Cass. req., 28 mars 1848 (*Pand. Chr.*). Trib. civ. Lyon, 16 janvier 1869 (*Pand. Chr.*).

2. Cass. req., 28 mars 1848 précité. Guillouard, *loc. cit.*, n. 1114.

3. C. Civ., art. 1227. Caen, 14 novembre 1825 (Dalloz, *loc. cit.*, n. 1713).

4. Riom, 9 juin 1817 (Dalloz, *loc. cit.*, n. 1698).

La nullité de l'article 1443 § 2 du Code civil étant absolue, n'est pas susceptible de ratification.

Elle ne pourrait être couverte, ni expressément, ni tacitement, ni même par le décès de l'un des époux.

Comment, d'ailleurs, les séparations de biens volontaires pourraient-elles être mieux sanctionnées après la dissolution du mariage qu'auparavant ? Les inconvénients qu'entraîne l'annulation d'une séparation de biens volontaire après le décès des époux ne sauraient balancer un instant ceux que produiraient son maintien. Les premiers ne touchent qu'aux intérêts des époux et de leurs héritiers, les autres atteindraient l'intérêt des tiers que la loi a voulu protéger. L'ancien droit, il est vrai, était en sens contraire ; mais, Merlin, qui l'approuve, reconnaît que la distinction qui y était admise n'est plus possible en présence des termes de l'article 1443 parag. 2 du Code civil (1).

Les créanciers du mari ont trente ans, à partir du jour où ils ont connu la séparation de biens volontaire, pour en poursuivre la nullité.

1. Troplong, *loc. cit.*, n. 1340. V. *suprà*, sect. I).

CHAPITRE II.

DE LA PUBLICITÉ DE LA DEMANDE.

SECTION I. — *Son utilité, son origine.*

La prohibition des séparations de biens volontaires et la nécessité de faire prononcer en justice la séparation de biens auraient-elles été de nature à sauvegarder les droits des créanciers du mari ?

La loi ne l'a pas pensé.

Elle a considéré que des époux peu scrupuleux pouvaient, en faisant un tableau trompeur des affaires du mari, au moyen de la production de pièces de poursuite imaginaires, ou de la dissimulation de partie de son patrimoine, surprendre la religion des juges, et leur extorquer un jugement de séparation de biens. Et elle a prescrit une série de mesures, que nous avons déjà indiquées, et dont le but est de tenir les tiers au courant de la procédure suivie devant le tribunal, de leur permettre d'intervenir, et d'at-

taquer toute décision judiciaire qui aurait été rendue en fraude de leurs droits.

Elle a tout d'abord ordonné la publicité de la demande en séparation de biens.

L'utilité de cette prescription avait déjà été comprise dans quelques provinces de notre ancienne France, et principalement en Normandie, en Bourgogne et en Franche-Comté.

Les Parlements de Rouen, de Dijon et de Besançon exigeaient même la mise en cause des créanciers du mari.

Ainsi, un arrêt de règlement rendu le 30 août 1555 par le Parlement de Rouen, prescrivait, entre autres dispositions, la publication à haute voix, dans les places et marchés, des lettres de séparation obtenues en chancellerie par la femme, et, de plus, la remise au Procureur du Roi d'un état contenant les noms, prénoms et résidences des créanciers des époux qui devaient être appelés à l'instance afin de contester, s'ils le jugeaient bon, l'entérinement des lettres de séparation.

Le Parlement de Dijon voulait que les créanciers du mari et de la femme fussent assignés, à personne ou domicile lorsqu'ils étaient connus, et, s'ils ne l'étaient pas, qu'ils fussent avertis à cri public de la demande en séparation.

En Franche-Comté, les créanciers inconnus étaient prévenus par un édit appelé proclamat.

Lors de l'élaboration du Code civil, le maintien de ces usages fut demandé par la cour de Colmar dans ses observations et proposé par Malleville au Conseil d'Etat.

On jugea suffisant de prévenir les créanciers par une publicité spéciale et de leur donner le droit d'intervenir au procès.

Nous estimons qu'il eût été préférable de suivre l'exemple des Parlements de Dijon, de Rouen et de Besançon qui exigeaient la mise en cause des créanciers connus, et organisaient une publicité particulière pour avertir les créanciers inconnus de la demande de la femme.

On eût pu tout au moins suivre la procédure de la faillite et de la liquidation judiciaire, prévenir les créanciers connus par lettres recommandées, et faire pour les créanciers inconnus la publicité que nous examinerons plus loin.

Quoi qu'il en soit, il est actuellement sans nécessité de lier les créanciers à la procédure de séparation de biens.

Il est cependant deux cas où, en vertu de textes spéciaux, et pour des raisons particulières, cette règle reçoit exception.

Il faut supposer que le mari est en état de faillite ou de liquidation judiciaire.

A partir de la déclaration de faillite, il est, comme chacun sait, dessaisi de ses biens au profit du syndic de la masse créancière. Il en résulte rationnellement que c'est contre ce dernier que doivent être intentées toutes les actions en justice intéressant le patrimoine du failli. Aussi l'article 443 § 2 du Code de commerce dispose-t-il : « A partir de ce jugement (déclaratif de faillite), toute action mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou intentée que contre les syndics. »

Le débiteur, en liquidation judiciaire, s'il n'est pas dessaisi de l'administration de ses biens, ne peut faire aucun acte, même conservatoire, sans l'assistance de son liquidateur judiciaire. De plus, toute action mobilière ou immobilière, intéressant ses biens, ne peut être valablement intentée ou suivie contre lui seul : le liquidateur doit être mis en cause. (Article unique *in fine* de la loi du 4 avril 1890).

La séparation de biens affecte le patrimoine du mari. La demande qui tend à l'obtenir doit donc être dirigée contre le syndic ou le liquidateur judiciaire.

Toutefois, comme elle n'est pas purement pécuniaire, comme elle intéresse aussi les rapports mo-

raux des époux, elle ne saurait être intentée valablement contre le syndic ou le liquidateur judiciaire seul : la femme est obligée de mettre le mari en cause (*Contra* : Demangeat, *Droit commercial*, t. V. p. 124. Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 913, page 647).

La question s'est posée de savoir si une demande en séparation de biens, régulièrement intentée contre le mari, qui depuis est tombé en faillite, peut être continuée sans que le syndic soit appelé.

Le parag. 2 de l'article 443 C. de co., déjà cité, tranche expressément la difficulté dans le sens de la négative et impose à la femme l'obligation de suivre la procédure tant contre le mari que contre son syndic.

Il a fallu un texte formel pour faire admettre cette solution parce qu'en général le changement qui survient durant une instance dans l'état d'une partie n'interrompt pas la procédure et ne nécessite pas une nouvelle mise en cause (1).

Comme nous venons de le voir, c'est pour des rai-

1. Dutruc, *Sép. de biens*, n. 111. Pardessus, *Cours de droit commercial*, n. 1117. Ruben de Couder, *Dict. de droit commercial*, v° *Faillite*, n. 199. En ce sens, Trib. Seine, 28 juin 1886 (Dalloz, *Supplément, Contrat de mariage*. p. 115).

La même question se pose au cas de liquidation judiciaire

sons spéciales, et non pour donner plus de garanties aux créanciers du mari, que, dans l'hypothèse où le mari, sous le coup d'une poursuite en séparation de biens, tombe en faillite ou en liquidation judiciaire, le syndic ou le liquidateur judiciaire doit être appelé au procès par la femme.

Dans les autres cas, les créanciers ne sont pas mis en cause ; mais ils sont prévenus par une publicité particulière de la demande formée contre leur débiteur, et libres d'intervenir dans l'instance, s'ils le jugent nécessaire, pour sauvegarder leurs droits.

La publicité, à laquelle nous faisons allusion, est régie par les articles 866, 867 et 868 du Code de procédure civile qui a comblé la lacune que le Code civil présentait sous ce rapport. Il avait d'ailleurs été entendu, lors de la discussion du Code civil, qu'il serait complété par le Code de procédure sur ce point.

Les articles 866, 867 et 868 C. pr. civ., sont ainsi conçus :

Art. 866. « Le greffier du tribunal inscrira, sans délai, dans un tableau placé à cet effet dans l'au-

du mari : elle doit être résolue dans le même sens par application de l'article 24 de la loi du 4 mars 1889 et de l'article unique de la loi du 4 avril 1890.

ditore, un extrait de la demande en séparation, lequel contiendra :

1^o La date de la demande.

2^o Les noms, prénoms, profession et demeure des époux.

3^o Les noms et demeure de l'avoué constitué, qui sera tenu de remettre, à cet effet, ledit extrait au greffier, dans les trois jours de la demande. »

Art. 867. « Pareil extrait sera inséré dans des tableaux placés, à cet effet, dans l'auditoire du tribunal de commerce, dans les chambres d'avoués de première instance et dans celles de notaires, le tout dans les lieux où il y en a : lesdites insertions seront certifiées par les greffiers et par les secrétaires des chambres. »

Art. 868. « Le même extrait sera inséré, à la poursuite de la femme, dans l'un des journaux qui s'impriment dans le lieu où siège le Tribunal ; et s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux établis dans le département, s'il y en a.

Ladite inscription sera justifiée ainsi qu'il est dit au titre de la saisie immobilière, article 696. »

Le renvoi que fait l'article 868 C. pr. civ. à l'article 696 du même Code est devenu inexact depuis que les lois du 2 juin 1841 et du 21 mai 1858 ont remanié le titre de la saisie immobilière ; c'est à l'article 698 qu'il faut recourir.

Cet article contient la disposition suivante :

Art. 698. « Il sera justifié de l'insertion aux journaux par un exemplaire de la feuille, contenant l'extrait énoncé en l'article précédent ; cet exemplaire portera la signature de l'imprimeur, légalisée par le maire. »

Les textes que nous venons de transcrire indiquent à la fois les formes de la publicité et le délai dans lequel elle doit être faite.

SECTION II. — *Formes de la publicité de la demande.*

Dès que la demande en séparation de biens est intentée, l'avoué de la femme, constitué dans l'ajournement, en rédige un extrait contenant la date de l'assignation, les noms, prénoms, profession et demeure des époux, et ses propres noms et adresse.

Chacune de ces indications présente un intérêt considérable pour les créanciers du mari et les tiers qui sont sur le point de traiter avec lui.

Les renseignements, que leur donne l'extrait sur les noms, prénoms, profession et demeure des époux en instance de séparation de biens, leur permettent de reconnaître s'il s'agit de leur véritable débiteur.

Quant à la date de la demande, elle a pour eux

une importance extrême, puisque, comme nous le verrons, les effets du jugement de séparation de biens rétroagissent au jour de l'ajournement.

Il ne leur est pas indifférent non plus de savoir quel est l'avoué de la femme ; par l'indication de ses noms et demeure, ils connaissent la juridiction saisie de la demande. Si l'affaire est portée devant un tribunal incompétent, ils peuvent donc intervenir immédiatement dans l'instance pour élever le déclinatoire et empêcher la prononciation du jugement.

L'extrait contiendrait certainement une mention incomplète si la qualité de l'avoué n'était pas indiquée tout au long et si elle ne portait pas le nom du Tribunal près lequel il exerce ses fonctions. La désignation suivante « M. X... avoué, demeurant à A... » ne nous paraît pas satisfaire au vœu de la loi surtout dans les chefs-lieux de cours d'appel où se trouvent des avoués d'appel et des avoués de 1^{re} instance.

La connaissance du nom de l'avoué de la femme a d'ailleurs une autre utilité pour les créanciers du mari. Nous avons déjà dit qu'ils ont le droit de se faire donner communication des pièces du procès, et celui d'intervenir dans l'instance. Or, c'est de l'avoué de la femme que leur avoué aura la communication de la procédure et des actes sur lesquels la demande est

basée ; c'est à lui qu'il doit adresser la requête d'intervention.

Avec les mentions que nous avons examinées, l'extrait de la demande en séparation de biens est susceptible de fournir aux créanciers du mari tous les renseignements qui leur sont utiles.

Il reste à dire comment il est porté à leur connaissance.

Dans ce but, l'avoué de la femme doit accomplir une double formalité.

I. — Il doit d'abord effectuer le dépôt de l'extrait aux greffes des tribunaux de première instance et de commerce, et aux secrétariats des chambres des avoués et notaires de l'arrondissement où est situé le domicile du mari.

Les greffiers sont tenus d'inscrire ou d'insérer (la loi emploie indifféremment l'un et l'autre mot dans les articles 867 et 868 C. pr. civ.) l'extrait qui leur est remis, dans un tableau placé à cet effet dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce. Si, d'ailleurs, il n'y avait pas de cadre *ad hoc*, l'affichage pourrait être fait contre un mur de l'auditoire dans un endroit destiné à cet usage ; mais, il ne nous semblerait pas suffisant que l'extrait fût apposé à la porte de l'auditoire, même si

telle était l'habitude, à cause de la facilité avec laquelle l'affiche pourrait être enlevée.

La loi n'édicte aucune prescription particulière pour l'exposition de l'extrait dans les chambres des avoués et notaires. Il y a lieu d'appliquer par analogie les règles précédentes.

Il va de soi que cette publicité n'est imposée au greffe du Tribunal de commerce et aux chambres des avoués et des notaires que « dans les lieux où il y en a ». La disposition de l'article 867 C. pr. civ. sur ce point doit s'entendre en ce sens que l'exposition de l'extrait est obligatoire, toutes les fois qu'il y a un tribunal de commerce ou des chambres de notaires ou d'avoué, non pas seulement dans la ville même où siège le tribunal saisi de la demande, mais dans le ressort de ce tribunal, c'est-à-dire dans l'arrondissement où est domicilié le mari. S'il n'y en a pas dans cette circonscription, alors seulement on est dispensé de la publicité. C'est ce que démontre l'article 872 C. pr. civ. que nous étudierons plus loin (1).

Il n'est pas nécessaire que les greffiers civils et de commerce et les secrétaires des chambres d'avoués et de notaires dressent un procès-verbal de dépôt de l'extrait qui leur est remis. Ils peuvent cons-

1. Dutruc, *Sép. de biens*, p. 100 et 101.

tater cette remise comme ils le jugent convenable ; mais, ils doivent, aux termes de l'article 867 *in fine* C. pr. civ., délivrer à l'avoué de la demanderesse en séparation de biens des certificats constatant l'exposition des extraits dans les endroits voulus par la loi. Ce sont ces certificats qui font preuve de la publicité.

II. — L'avoué de la femme doit, en même temps, faire insérer l'extrait de la demande dans l'un des journaux qui s'impriment dans le lieu où siège le Tribunal, et, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département.

Il justifie de cette insertion par un exemplaire du journal qui a contenu l'extrait. Cet exemplaire porte la signature de l'imprimeur légalisée par le maire ; il est enregistré.

SECTION III. — *Du délai de la publicité de la demande.*

L'article 866 C. pr. civ., impose à l'avoué de la femme l'obligation de déposer l'extrait de la demande au greffe civil dans les trois jours de l'ajournement.

Aucun délai n'est fixé pour la remise d'un extrait identique au greffe du tribunal de commerce et aux chambres des avoués et notaires, et pour son insertion dans l'un des journaux de l'arrondissement où est situé le domicile du mari.

Aussi, certains auteurs en ont-ils conclu que cette publicité pourrait être faite, même après l'expiration du délai de trois jours prescrit pour le dépôt de l'extrait au greffe du Tribunal civil ; et ils ont décidé que les tribunaux avaient toute latitude pour apprécier si la publication ordonnée par les articles 867 et 868 C. pr. civ., était ou non tardive.

Nous ne partageons pas cette doctrine.

Les termes de la loi et son esprit nous obligent à reconnaître que le délai imparti par l'art. 868 C. pr. civ., s'applique à toute la publicité de la demande.

Nous tirons argument des mots « pareil extrait » et « même extrait » qui commencent les articles 867 et 868, et nous croyons qu'ils tendent à résumer l'article 866.

D'ailleurs, n'est-il pas dans le vœu du législateur de prévenir les tiers de la demande en séparation de biens, dès qu'elle est formée, et de faire cesser le plus tôt possible la situation équivoque qui est faite aux tiers et aux époux eux-mêmes par l'instance dont elle est le prélude ? Or, laisser toute latitude à

la femme pour publier la demande, c'est lui permettre de retarder à son gré le point de départ du délai d'un mois qui doit séparer cette publicité du jugement, et, par suite, d'éloigner la solution du procès (1).

SECTION IV. — *Sanction des règles de publicité de la demande.*

L'article 869 C. pr. civ., contient la sanction des règles de publicité de la demande en séparation de biens que nous venons d'examiner.

Il s'exprime en ces termes :

Art. 869. — « ...Les formalités ci-dessus prescrites (pour la publicité de la demande) seront observées à peine de nullité, laquelle pourra être opposée par le mari ou par ses créanciers ».

La nullité, qui est édictée par l'article 869 C. pr. civ., s'applique à chacune des formalités des articles 866, 867 et 868, C. pr. civ., même à l'inobservation du délai de trois jours durant lequel doit, selon nous, être opérée toute la publicité.

C'est en vain qu'on prétendrait qu'un délai n'est

1. *Contrà* : Bioche, *loc. cit.*, n. 24. Dalloz, *rép.*, C. de mar., n. 4735.

pas une formalité ; c'est en tout cas un accessoire, une condition de la formalité.

D'ailleurs, les termes de la loi sont tout à fait généraux, et nous avons observé précédemment que dans son esprit la demande en séparation de biens doit recevoir une solution des plus rapides. Si l'observation du délai de trois jours prescrit par l'article 866 C. pr. civ. était dépourvue de sanction, ce résultat ne saurait être atteint. Supposons un instant que la femme soit libre de publier la demande dans le temps qui lui plaît ; elle pourrait impunément ne la faire que longtemps après, ce qui serait extrêmement fâcheux pour les époux eux-mêmes et surtout pour les tiers.

Il est évident, et il était bien inutile que la loi prenne la peine de le dire, que la femme ne serait pas recevable à se prévaloir de l'absence de publicité ou du retard qui y aurait été apporté. C'est elle qui est en faute de ne pas avoir observé la loi. Comment pourrait-elle se plaindre du défaut d'une publicité qui n'a pas été prescrite dans son intérêt ?

La nullité dont nous parlons n'étant organisée qu'au profit de certaines personnes, le mari et ses créanciers, est purement relative. Elle est donc susceptible de se couvrir par une ratification soit expresse soit tacite. Le créancier intervenant qui plaiderait au fond, le mari qui ferait procéder à une

contre-enquête, interjetterait appel d'un jugement de séparation de biens, ou exécuterait une décision judiciaire préparatoire ou définitive, ne pourrait plus s'en prévaloir.

Les créanciers du mari ont un délai de trente ans pour se prévaloir de la nullité pour défaut de publicité de la demande. Ils peuvent la proposer soit par la voie de l'opposition ou de l'appel, soit par la voie de la tierce opposition (Dalloz, *Rép.* n° 1739 V. *infra*, Chap. VII).

CHAPITRE III

DU DÉLAI D'UN MOIS QUI DOIT SÉPARER LA DEMANDE DU JUGEMENT.

Il faut donner aux créanciers le temps nécessaire pour prendre connaissance de la demande de la femme, pour en peser les motifs, et pour intervenir dans l'instance, s'ils le jugent convenable : peut-être sont-ils absents ou éloignés.

Aussi la loi veut-elle qu'il ne soit rendu aucun jugement avant l'expiration du délai d'un mois.

L'article 869 du Code de procédure civile dit en effet : « Il ne pourra être, sauf les actes conservatoires, prononcé sur la demande en séparation aucun jugement qu'un mois après l'observation des formalités ci-dessus prescrites... »

Aucun jugement, dit cet article, et par conséquent, ni jugement interlocutoire, ni jugement préparatoire, ne saurait valablement intervenir dans ce délai. La demande de la femme ne doit pas être soumise à l'appréciation des juges tant que les créanciers du

mari ne sont pas complètement en mesure de la contester.

Le délai ne commence à courir que lorsque la demande est régulièrement formée et publiée. Il ne court donc pas tant que le syndic ou le liquidateur judiciaire du mari, tombé en faillite ou en liquidation judiciaire, n'ont pas été mis en cause, et tant que la dernière formalité de publicité n'a pas été remplie. Encore le jour où cette dernière formalité a été remplie ne doit-il pas être compté dans le délai ; sans quoi, il ne serait pas complet. « Ce n'est qu'après l'observation de ces formalités, a dit le Tribunal Mouricault et même encore après l'intervalle d'un mois que le Tribunal peut rendre jugement. » C'est d'ailleurs la tradition que le *dies a quo* n'est pas compris dans le délai (1). L'article 25 de la loi du 22 frimaire an VII confirme d'une manière positive cet usage qui a été du reste proclamé et consacré par un arrêt de la Cour de cassation du 5 avril 1825 (D. P. 25. 1. 255) (2).

On s'est demandé si, en prenant pour point de départ le jour où la dernière formalité a été remplie, le délai d'un mois doit être calculé de quantième à

1. Dumoulin, *sur la C. de Paris*, art. 10 et 11.

2. Carré et Chauveau, *quest.*, n. 2937. Rodière et Pont, n. 2135. La question ne fait plus aucune difficulté à l'heure actuelle en doctrine et en jurisprudence.

quantième, ou s'il faut compter trente jours entiers, comme le prescrit l'article 40 du Code pénal.

On a reconnu, en s'inspirant d'une disposition de l'article 132 du Code de commerce (1) qu'il faut appliquer le calendrier grégorien, et par conséquent calculer de quantième à quantième, puisque, d'après ce calendrier, les mois sont inégalement composés. Quant à l'article 40 du Code pénal qui dispose que la peine d'un mois d'emprisonnement est de trente jours, il apporte à la règle générale une exception fondée sur ce motif que la peine doit être d'égale durée, à quelque époque de l'année qu'elle soit prononcée ou subie. Cette exception ne doit pas être étendue à d'autres cas (2).

Les termes de l'article 869 C. pr. civ., indiquent que le délai d'un mois est franc, c'est-à-dire que le jour du terme doit être compté, et qu'un jugement ne peut être rendu au plus tôt que le lendemain du dernier jour du mois (3).

Mais, il est certain que ce délai n'est pas susceptible d'augmentation à raison de la distance des lieux où les créanciers du mari ont leur domicile. La

1. L'art. 132, C. de co., § 2, est ainsi conçu. « Les mois sont tels qu'ils sont fixés par le calendrier grégorien ».

2. Cass., 9 novembre 1811 (D. 2, 1193). Carré, *quest.*, 2937. Toullier, t. 13, n. 56. Bioche, n. 31 et 32.

3. Toullier, t. 13, n. 53. Rodière et Pont, n. 829.

femme peut ne point connaître ces créanciers ou ignorer leur résidence ; et, d'un autre côté, il pourrait être dangereux pour ses intérêts que l'intervalle qui sépare la demande du jugement fût prolongé au-delà de certaines limites. D'ailleurs, les créanciers, qui, à raison de leur éloignement et de la brièveté du délai, n'ont pu être avertis assez tôt pour intervenir dans l'instance, conservent la ressource d'attaquer le jugement de séparation de biens prononcé et même exécuté en fraude de leurs droits (1).

Sanction de l'observation du délai d'un mois. — La loi interdit de la façon la plus énergique, en employant la locution *ne — que*, qu'il soit prononcé aucun jugement avant l'expiration du délai d'un mois. La sanction des règles qu'elle édicte est donc certainement la nullité. Les créanciers du mari, en faveur desquels le délai d'un mois a été créé, pourraient, par suite, faire tomber toute décision judiciaire qui serait intervenue sur la demande de la femme avant l'époque fixée par l'article 869 du Code de procédure civile.

1. Pigeau, t. 2, p. 529. Carré, *quest.*, n. 2938. Bioche, n. 32.

CHAPITRE IV

DROIT DES CRÉANCIERS D'OBTENIR COMMUNICATION DE
LA DEMANDE ET DES PIÈCES JUSTIFICATIVES, ET DE
LEUR DROIT D'INTERVENTION.

Nous avons vu que, dans certaines provinces de notre ancienne France, il était de rigueur que les créanciers du mari fussent appelés à contester les demandes en séparation de biens.

Le Code civil n'a pas voulu exiger la mise en cause de ces créanciers ; mais, il leur permet d'intervenir dans l'instance pour contredire la demande de la femme (art. 1447. Cod civ.). De plus, l'article 871 du Code de procédure civile, qui sert de complément à l'article 1447 du Code civil porte qu'ils pourront « jusqu'au jugement définitif sommer l'avoué de la femme, par acte d'avoué à avoué, de leur communiquer la demande et les pièces justificatives, même intervenir pour la conservation de leurs droit, sans préliminaire de conciliation. »

Les créanciers du mari ont donc deux droits dis-

tincts qu'ils ont le loisir d'exercer « jusqu'au jugement définitif ».

Ils peuvent, non seulement intervenir dans l'instance, mais encore exiger au préalable, avant toute intervention, que la demande et les pièces à l'appui leur soient communiquées, afin qu'ils puissent s'assurer si leur intervention est opportune ; et, s'ils se décident à intervenir au procès, ils ne sauraient être écartés sous ce prétexte que l'affaire est en état. Les créanciers deviennent dans ce cas, ainsi que le dit un arrêt de la cour de cassation du 18 novembre 1835 (D. 35. 1. 444), « de véritables défendeurs appelés par la loi elle-même en déclaration de jugement commun.

L'article 1447 du Code civil, qui établit les droits des créanciers du mari lors d'une séparation de biens, ne peut pas d'ailleurs être considéré comme limitatif. Il en résulte cette conséquence naturelle que là où, par suite de la séparation prononcée, ces créanciers ont également intérêt, ils doivent aussi avoir les mêmes droits ; et, par exemple, comme on ne peut contester qu'ils aient intérêt dans la liquidation des droits respectifs des époux séparés de biens, lors de laquelle il peut être si facile de préjudicier aux leurs, on doit en conclure qu'ils peuvent, non seulement attaquer cette liquidation, quand

elle est faite, mais même intervenir pendant sa confection.

« Le droit d'intervention des créanciers n'est pas, comme le fait remarquer Laurent, une simple application de l'article 1166 du Code civil aux termes duquel les créanciers peuvent exercer tous les droits de leur débiteur. En effet, leur débiteur, le mari, est partie au procès ; il exerce son droit en défendant, en apparence du moins, à l'action dirigée contre lui. Mais, comme cette défense peut être frauduleuse et que les créanciers du mari ont le droit de faire annuler la séparation de biens qui aurait été prononcée en fraude de leurs droits par application des articles 1167 et 1447 § 1 Cod. civ., ainsi que nous le dirons, le législateur a sagement pensé qu'il valait mieux prévenir le mal que de le réparer. Le droit accordé aux créanciers est donc fondé autant sur l'article 1167, sur les principes de l'action paulienne, que sur l'article 1166. C'est un droit analogue à celui que leur accorde, en matière de partage, l'article 882 du Code civil, et il est fondé sur les mêmes raisons (1). »

Le droit d'intervenir dans l'instance appartient même aux tiers, qui ne sont pas créanciers actuels, mais à qui la demande en séparation de biens peut

1. Guillouard, *C. de mar.*, t. III, n. 1122.

préjudicier éventuellement. C'est ce qui résulte par analogie de l'article 1180 du Code civil qui permet aux créanciers conditionnels des actes conservatoires, et de la combinaison des articles 474 et 466 du Code de procédure civile (1). Par exemple, l'acquéreur d'un fonds dotal peut intervenir à l'effet de s'opposer à la séparation de biens qui aurait vraisemblablement pour résultat la révocation de la vente passée par le mari (2).

Mais, dans tous les cas, les créanciers ne peuvent empêcher la séparation de biens qu'en prouvant que la dot n'est pas en péril ou que les biens du mari sont suffisants pour répondre des reprises de la femme.

Rappelons qu'ils ont le droit d'intervenir dans une instance introduite devant un tribunal autre que celui du domicile du mari pour proposer l'incompétence lors même que le mari accepterait la juridiction choisie par la femme.

Ils pourraient, d'ailleurs, interjeter appel du jugement de séparation de biens, même s'ils n'étaient

1. Art. 474. « Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel, ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés ». Art. 466. « Aucune intervention ne sera reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition ».

2. Cass., 27 juin 1840 (D. *loc. cit.*, n. 1729 et 1730.

pas intervenus devant les premiers juges. Le motif en est d'abord qu'en portant appel, ils exercent un droit pécuniaire de leur débiteur, conformément au principe général de l'article 1166 du Code civil. En second lieu, s'ils n'interjetaient pas appel et que la séparation de biens ait été prononcée en fraude de leurs droits, ils pourraient l'attaquer par une action principale spéciale que nous étudierons plus loin, et il vaut mieux faire réformer le jugement par la voie ordinaire de l'appel que de contraindre les créanciers à recourir à un mode exceptionnel d'attaque (1).

1. Guillouard, *loc. cit.*, n. 4124. Aubry et Rau, t. V, § 516 p. 394. Laurent, t. XXII, n. 265.

CHAPITRE V

DE LA PUBLICITÉ DU JUGEMENT DE SÉPARATION DE BIENS.

SECTION I. — *Utilité, origine et formes de cette publicité.*

Dans les provinces de notre ancienne France où l'on avait compris la nécessité de porter la séparation de biens à la connaissance des tiers, et organisé une publicité spéciale pour la demande, on avait aussi prescrit de publier le jugement qui prononçait la séparation.

« Il faut, disait Lebrun, quelque chose qui divulgue la sentence de séparation de biens, qui l'apprenne à tout le monde, sans quoi c'est un piège tendu au public. »

Ainsi, d'après la coutume d'Orléans (article 198), la sentence de séparation devait être « publiée en jugement à jour ordinaire, le juge séant ».

En Normandie, l'arrêt de règlement du 30 août 1555 exigeait que les noms des époux séparés de

biens fussent inscrits sur un tableau affiché dans le greffe du tabellionage de la ville où siégeait le tribunal qui avait rendu la sentence.

L'article 143 de l'ordonnance de 1629, qui faisait loi en Bourgogne, prescrivait une formalité semblable dont l'inaccomplissement entraînait la nullité de la séparation.

Les coutumes de Dunois et de Sedan voulaient que la séparation de biens fût annoncée au prône.

Enfin, dans la plupart des autres coutumes, on lui donnait toujours une certaine publicité en la faisant insinuer au bureau dans l'étendue duquel le mari avait son domicile ; mais, le défaut d'insinuation n'annulait pas la sentence dont les effets à l'égard des tiers étaient seulement paralysés jusqu'à ce que cette formalité ait été remplie. On sait que l'insinuation a été abolie par la loi du 5 novembre 1790.

D'autre part, l'ordonnance de 1673, titre 8, qui recevait son application dans la France entière, avait prescrit des formalités particulières pour les séparations de biens des commerçants : la publication de la sentence à l'audience de la juridiction consulaire, sinon, dans l'assemblée de l'hôtel de ville, et l'insertion dans un tableau exposé en lieu public.

La loi du 30 septembre 1792 avait étendu aux jugements qui prononçaient le divorce entre des individus commerçants les formalités d'enregistre-

ment et de publication établis par l'ordonnance de 1673 pour les sentences de séparation de biens.

Ces dispositions spéciales relatives aux divorces et aux séparations de biens des commerçants n'avaient pas été abrogées par la loi générale du 15 fructidor an VI qui avait institué un mode général de publicité pour les actes et jugements intéressants l'Etat civil des citoyens. Elles étaient donc en vigueur au moment de la promulgation des Codes.

Les législateurs de 1804 ne pouvaient hésiter à suivre encore à cet égard les errements de l'ancien droit.

S'il importe aux créanciers du mari de connaître la demande en séparation de biens afin de pouvoir la contester, il n'est pas moins essentiel qu'ils soient informés du jugement qui a pu être rendu avant qu'ils se soient trouvés en mesure d'intervenir et contre lequel ils ont intérêt à se pourvoir. La publicité du jugement est également nécessaire pour avertir les tiers qui ne sont pas créanciers du mari de la déchéance dont ce dernier a été frappé.

Ce sont les articles 1445 C. civ., et 872 C. pr. civ., qui organisent cette publicité.

Voici ces textes :

Art. 1445 C. civ. — « Toute séparation de biens doit, avant son exécution, être rendue publique par l'affiche sur un tableau à ce destiné, dans la prin-

principale salle du Tribunal de première instance, et de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du tribunal de commerce du lieu de son domicile ; et ce, à peine de nullité de l'exécution.

Le jugement qui prononce la séparation de biens, remonte, quant à ses effets, au jour de la demande.

Art. 872 C. pr. civ., — « Le jugement de séparation sera lu publiquement, l'audience tenante, au tribunal de commerce du lieu, s'il y en a : extrait de ce jugement, contenant la date, la désignation du tribunal où il a été rendu, les noms, prénoms, profession et demeure des époux, sera inséré sur un tableau à ce destiné et exposé pendant un an, dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, même lorsqu'il ne sera pas négociant ; et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari. Pareil extrait sera inséré au tableau exposé en la chambre des avoués et notaires, s'il y en a. La femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités ci-dessus auront été remplies, sans que néanmoins il soit nécessaire d'attendre l'expiration du susdit délai d'un an.

Le tout sans préjudice des dispositions portées en l'article 1445 du Code civil ».

L'article 872 C. pr. civ., modifie donc sur un point l'article 1445 C. civ., et le complète par l'institution de formalités nouvelles.

Et d'abord l'article 872 C. pr. civ., n'exige que l'affichage de l'extrait du jugement tandis que l'article 1445 C. civ., prescrivait l'affiche de tout ce jugement.

D'autre part, suivant l'article 1445 C. civ., le jugement ne devait être exposé dans l'auditoire du tribunal de commerce que lorsque le mari était négociant; au contraire, l'article 872 C. pr. civ. veut que, dans le cas même où le mari n'est pas commerçant, cette formalité soit observée.

Ce même article ordonne en outre la lecture du jugement à l'audience du tribunal de commerce et l'exposition d'un extrait dans les chambres des avoués et notaires de l'arrondissement où est situé le domicile du mari.

Ces indications nous permettent d'observer que la publicité du jugement prononçant la séparation de biens diffère de celle de la demande sur laquelle il est intervenu, en ce sens que le jugement doit être lu à l'audience du tribunal de commerce, et que son insertion par extrait dans un journal n'est pas prescrite.

Il était bien inutile d'ordonner la lecture au tribunal de commerce d'une demande en séparation

de biens qui peut ne pas être accueillie. L'affichage d'un extrait dans l'auditoire de ce tribunal est bien suffisant.

Mais, il est tout à fait regrettable, à notre avis, que l'article 872 C. pr. civ., n'ait pas exigé l'insertion d'un extrait du jugement dans un journal de l'arrondissement du domicile du mari. L'accomplissement de cette formalité eût constitué le meilleur mode de publicité (1).

En pratique, l'avoué de la femme ne manque jamais de faire faire cette insertion ; et, on ne peut que l'en féliciter. Mais, s'il omettait de remplir cette formalité, un créancier du mari ne pourrait pas, sur ce fondement, attaquer la décision qui a prononcé la séparation de biens. Pour soutenir le contraire, on s'appuierait vainement sur l'article 92 du tarif civil qui passe un droit à l'avoué pour faire opérer l'insertion. Le tarif civil ne saurait permettre de suppléer au silence de l'article 872 C. pr. civ.

Il serait désirable qu'une disposition législative expresse vînt compléter la loi sur ce point (2).

1. Voir Colmet de Santerre, t. 6, n. 93 *bis*, I et II. Laurent, t. XXII, n. 246. Gullouard, t. III, n. 1130.

2. L'article 250 du Code civil, modifié par la loi du 18 avril 1886, prescrit, sous le cas de divorce, qu'un extrait du jugement sera inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, dans

La combinaison des articles 1445 C. civ. et 872 C. pr. civ. nous montre que la publicité du jugement de séparation de biens consiste dans l'accomplissement de deux formalités distinctes :

La lecture de la sentence à l'audience publique du tribunal de commerce ;

Et l'affichage d'un extrait dans les auditoires des tribunaux civil et de commerce, et dans les chambres des avoués et notaires de l'arrondissement où est domicilié le mari.

I. — *Lecture du jugement au tribunal de commerce.*

L'article 872 C. pr. civ., porte que « le jugement de séparation de biens sera lu publiquement, l'audience tenante, au tribunal de commerce du lieu, s'il y en a ».

Que faut-il entendre par les mots « tribunal de commerce du lieu ».

Est-il nécessaire, pour que la formalité dont parle

l'un de ceux publiés dans le département. Cet article n'étant pas compris dans ceux que l'article 307 du Code civil déclare applicables à la séparation de corps, il en résulte que l'insertion dans les journaux n'est pas plus obligatoire pour les jugements prononçant la séparation de corps que pour ceux qui prononcent la séparation de biens.

l'article 872 C. pr. civ. doit être remplie, qu'il existe un tribunal de commerce dans la commune même où le mari a son domicile ? Ou suffit-il qu'il y en ait un dans l'arrondissement où est situé ce domicile ?

En faveur de la première opinion, on a dit que par cette expression « s'il y en a » le législateur n'a pas pu vouloir viser le cas où il n'y aurait pas de tribunal de commerce dans l'arrondissement de la demeure du mari ; car, il emploie la même formule quand il ordonne l'insertion au tableau exposé dans les chambres des avoués et notaires ; et, cependant, il y a dans tous les arrondissements des chambres de notaires et d'avoués. On en a conclu que c'est de l'existence d'un tribunal de commerce dans le lieu même où habite le mari que le législateur a entendu parler.

La solution opposée nous paraît préférable. La lecture au tribunal de commerce s'impose toutes les fois qu'il existe un tribunal de cette espèce dans l'arrondissement du domicile du mari.

Cette doctrine a été fort bien justifiée par un jugement du tribunal de St-Gaudens du 28 mai 1833, confirmé par la Cour de Toulouse le 18 juin 1835.

« Considérant, dit ce jugement, que l'article 872 C. pr. civ., qui est le complément de l'article 1445 C. civ., impose à la femme l'accomplissement d'une double formalité qu'on ne doit pas confondre : 1°

l'affiche dans l'auditoire du tribunal de commerce du domicile du mari, négociant ou non, et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari ; 2° la lecture publique du jugement à l'audience du tribunal de commerce du lieu, s'il y en a ; — Attendu que, d'après les termes de l'article 872 C. pr. civ., on pourra admettre que l'extrait du jugement dont s'agit a été valablement affiché dans la commune de X..., mais que l'accomplissement de cette formalité n'a pu dispenser la dame A... de l'obligation de rapporter la preuve que ce jugement a été lu publiquement à l'audience du tribunal de commerce du lieu où il s'est rendu ; et, c'est ainsi qu'il faut interpréter les mots « du lieu, s'il y en a », parce que les tribunaux de commerce sont situés presque toujours dans les lieux où sont établis les tribunaux de première instance et qu'ici la loi ne parle pas du domicile du mari comme pour l'affiche ; que la règle pour l'une n'est pas la règle pour l'autre, la lecture étant une formalité trop importante pour la confondre avec l'affiche ; qu'en un mot, lors qu'il existe un tribunal de commerce dans un arrondissement, le vœu de la loi est que la lecture du jugement de séparation soit faite publiquement à l'audience de ce tribunal » (1).

1. V. ce jugement dans Dalloz, *Rép.*, *loc. cit.*, p. 364, en note. Trib. Orange, 6 septembre 1851 (D., 51, 5, 484).

Un auteur avait imaginé que, pour opérer la lecture du jugement de séparation de biens au tribunal de commerce, il fallait porter la grosse du jugement au greffe de ce tribunal, afin que la formalité de la lecture fût inscrite au rôle et appelée ensuite à l'audience avant toute cause. Un mandataire de la femme aurait demandé par conclusions que le tribunal prescrive cette lecture et en donne acte par jugement (1).

Cette opinion, qui créait toute une procédure sans avoir pour elle aucun texte, a été, à bon droit, repoussée par les autres commentateurs et par la jurisprudence (2).

Il suffit, pour prouver que la formalité a été remplie, que le greffier certifie au pied de la grosse du jugement ou par une déclaration séparée que la lecture prescrite par la loi a été faite.

A Paris, on se contente d'une lettre de l'agréé qui a lu le jugement.

II. — *Affichage de l'extrait du jugement.*

Il ne suffit pas de lire le jugement de séparation de biens à l'audience publique du tribunal de com-

1. Demiau-Crouzillac, p. 545.

2. Dutruc, *loc. cit.*, p. 123 et 124.

merce ; il faut, de plus, en afficher un extrait dans l'auditoire des tribunaux civil et de commerce et les chambres des avoués et notaires de l'arrondissement du domicile du mari.

Cet extrait doit contenir la date du jugement, la désignation du tribunal qui l'a rendu, et les noms, prénoms, profession et demeure des époux entre lesquels la séparation de biens a été prononcée.

L'affichage est opéré de la même manière que celui de l'extrait de la demande.

Il y a lieu, toutefois, de faire quelques observations sur les formalités de publicité à remplir au tribunal de commerce, et aux chambres des avoués et notaires.

A. La loi veut que, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, l'extrait du jugement soit exposé dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari. (Art. 872 C. pr. civ.) (1).

Ces mots « s'il n'y a pas de tribunal de commerce », qu'emploie l'art. 872 C. pr. civ., ont-ils trait à l'hypothèse où le tribunal de commerce ne siège pas dans la commune même où le mari est domicilié, ou bien simplement au cas où il n'y a pas de tribunal

1. La preuve de la publication à la maison commune peut résulter d'un certificat du maire qui sera opposable aux tiers, sans qu'il ait date certaine. Rouen, 29 avril 1845 (S., 47, 2, 164). Dutruc, *loc. cit.*, p. 133.

de commerce dans l'arrondissement et où le tribunal civil en fait les fonctions ?

Certains arrêts ont décidé, dans le sens de la première interprétation, que, lorsqu'il n'y a pas de tribunal de commerce établi et siégeant dans le lieu où le mari a son domicile, l'affichage de l'extrait du jugement de séparation de biens doit être fait à la principale salle de la maison commune de ce domicile. D'après l'arrêt de la cour de Montpellier du 18 mars 1831 (1), « l'un des meilleurs moyens de divulguer la séparation de biens est de l'annoncer par des affiches dans le lieu de la résidence ou du domicile des personnes séparées ; et l'on ne peut admettre une interprétation de la loi qui priverait de ce moyen : or, on en serait le plus souvent privé si, lorsqu'il existe un tribunal de commerce ailleurs qu'au lieu même du domicile et qui seulement embrasserait ce lieu dans son ressort, l'affiche était apposée à la salle d'audience de ce tribunal, car alors il n'en serait apposé aucune dans le lieu de sa résidence ;... sans doute, lorsqu'il existe un tribunal de commerce ayant son siège dans le lieu du domicile, l'affiche doit être apposée à la salle de son auditoire, parce que, dans ce cas, le législateur l'a préférée et indiquée ; mais, hors ce cas, c'est à la maison commune que l'affiche doit avoir lieu ».

1. Dalloz, *Rép.*, *loc. cit.*, p. 366 en note.

Cette solution est généralement repoussée, et, à notre avis, avec raison (1).

Rien n'établit, en effet, que le législateur ait voulu absolument qu'une affiche fût apposée dans le lieu de la résidence du mari ; il est, au contraire, évident que sa seule intention a été de faire afficher le jugement aux endroits où il pourrait se rencontrer un plus grand concours de personnes intéressées à le connaître.

Il ne saurait, d'ailleurs, être douteux que l'affiche au tribunal de commerce de l'arrondissement produirait encore plus d'effet qu'à la maison commune. La prémisses de la Cour de Montpellier est donc inexacte.

D'autre part, peut-on hésiter à reconnaître qu'ici le législateur a attaché à ces mots « tribunal du lieu », « tribunal du domicile » la même signification que dans les articles 59, 61, 420, 554 et 606 du Code de procédure civile ; et, on ne saurait prétendre que, dans les cas prévus par ces articles, le

1. En notre sens, Toulouse, 18 juin 1835 (D. 36. 2. 90). Rennes, 14 janvier 1850 (D. 51. 4. 482). Caen, 12 décembre 1851 (D. 54, 2, 289). Cass., 17 mars 1852 (D. 52, 1, 113). Lyon 23 février 1854 (D. 55, 2, 44). Alger, 5 juin 1874 (D. 78, 2, 9). *Adde*, Chauveau sur Carré, *quest.*, 2946 *ter*. Rodière et Pont, n. 2145. Troplong, n. 1378. Bioche, n. 46. Dalloz, *rép.*, *loc. cit.*, n. 1775 et 1776. Dutruc, *loc. cit.*, p. 128 et 129.

tribunal doit avoir son siège dans la commune même où le défendeur est domicilié.

Il y a plus, la contexture même de l'article 872 C. pr. civ. suffit pour démontrer que la seconde interprétation est la seule admissible, et que par conséquent la loi, en prescrivant l'affiche à la maison commune en l'absence de tribunal de commerce, se réfère à l'hypothèse où c'est par le tribunal civil que les fonctions du tribunal de commerce sont remplies. On ne peut, en effet, contester que, dans cet article, la loi attribue le même sens au mot domicile, qu'il s'agisse du tribunal de première instance ou du tribunal de commerce. Or, personne n'oserait soutenir que le tribunal de première instance, doit être le tribunal de la localité, car il en résulterait que l'affiche ne pourrait avoir lieu si le tribunal civil avait son siège dans une commune autre que celle du domicile du mari. Et, s'il est vrai que par tribunal de première instance du domicile on doit entendre celui dans le ressort duquel le mari est domicilié, il faut nécessairement donner le même sens aux mots : tribunal de commerce du domicile.

B. — On s'est demandé, en présence des dispositions contraires des articles 1145 C. civ. et 872 C. pr. civ., si le jugement de séparation de biens ne doit pas être affiché en entier dans l'auditoire du tribunal de

commerce lorsque le mari est négociant (en conformité de l'article 1445 C. civ.) bien qu'un extrait y ait déjà été exposé en vertu de l'article 872 C. pr. civ.

Delaporte s'est basé sur le dernier paragraphe de l'article 872 *in fine* C. pr. civ. « le tout sans préjudice des dispositions portées en l'article 1445 du Code civil » pour admettre cette solution (1).

Mais, à quoi servirait ce double affichage ? N'est-il pas suffisant pour les créanciers du mari d'être prévenus par l'exposition de l'extrait du jugement que la femme a obtenu sa séparation de biens ?

Si l'article 872 C. pr. civ. a maintenu les dispositions de l'article 1445 C. civ. ce n'est évidemment qu'à l'égard de ce qu'il n'a pas lui-même prévu et réglé.

C. — On a aussi, pour le même motif, l'opposition que paraissent présenter dans leurs dispositions les articles 1445 et 872 précités, soulevé la question de savoir si l'insertion de l'extrait du jugement au tableau placé dans l'auditoire du tribunal de commerce doit avoir lieu quoique le mari ne soit pas commerçant.

1. *Commentaire sur l'art. 872 C. pr. civ.* En notre sens. Benoît, *De la dot*, t. I, n. 303.

Malgré les scrupules de Demiau-Crouzilnac (1) et Delaporte (2), le doute n'est pas possible. L'article 872 C. pr. civ. a évidemment entendu déroger sur ce point à l'article 1445 C. civ. ou plutôt le compléter.

Le tribun Mouricault le faisait très bien comprendre dans son rapport au Corps législatif.

« Il a paru juste, disait-il, de rendre générales les formalités qui ne s'observaient que pour les séparations des femmes des commerçants (3). »

D. — Une autre discussion s'est élevée sur le sens à donner au paragraphe suivant de l'article 872 C. pr. civ. : « Pareil extrait (du jugement de séparation de biens) sera inséré au tableau exposé en la chambre des avoués et notaires, s'il y en a ».

Chauveau interprète cette disposition en enseignant que l'affichage dont elle parle ne s'impose que si le mari a son domicile dans la commune où les chambres des avoués et notaires se réunissent (4). Mais, cet auteur reconnaît lui-même que l'insertion d'un extrait doit toujours avoir lieu au tribunal de commerce bien que le mari n'ait pas son

1. P. 546.

2. T. II, p. 408.

3. Voir Dutruc, *loc. cit.*, p. 124, et les auteurs et arrêts qu'il cite.

4. Chauveau sur Carré, *quest.*, 2946 *ter*.

domicile dans la commune même où siège ce tribunal.

Pourquoi l'affiche ne devrait-elle pas être apposée dans les chambres des avoués et des notaires toutes les fois qu'elle est possible, même si ces chambres ont leur lieu de réunion ailleurs qu'au domicile du mari ?

La loi n'a-t-elle pas voulu donner l'extension la plus grande à la publicité de la séparation de biens ?

Aussi présumerons-nous, avec la plupart des auteurs, que l'article 872 C. pr. civ. a eu en vue le cas où la chambre des notaires ou celle des avoués n'a pas de local fixe pour tenir ses assemblées. L'arrêt du 2 nivôse an XII, article 16, dispose, il est vrai, que les chambres des notaires auront un lieu déterminé pour leurs réunions ; mais, le décret du 13 frimaire an IX, qui rétablit les avoués près les cours et tribunaux, ne contient aucune disposition semblable pour leurs chambres. On sait, d'ailleurs, qu'il est souvent dans les règlements et même dans les lois des prescriptions qui ne sont pas exécutées.

Si donc les chambres des notaires et des avoués n'avaient aucun local fixe pour se réunir, il ne pourrait servir à rien de remettre à leurs secrétaires un extrait qui ne serait affiché nulle part. L'observation du paragraphe précité de l'article 872 C. pr. civ., ne saurait donc être obligatoire dans cette hypothèse.

E. — Une controverse s'est aussi élevée sur le point suivant. Au cas où le mari est venu à changer de domicile dans l'intervalle de la demande et du jugement, la publicité doit-elle ou non être faite concurremment à son nouveau et à son ancien domicile ?

Il est inutile, suivant certains auteurs, de publier la sentence qui prononce la séparation de biens au nouveau domicile du mari, parce que, suivant eux, « il est de principe que toute procédure doit être menée à fin devant le tribunal où elle a été régulièrement commencée quels que soient les changements survenus dans la position des parties » (1), et que la loi elle-même applique cette règle dans les articles 874 C. pr. civ., et 92 du tarif civil qui ont trait à notre matière. La première de ces dispositions prescrit, en effet, à la femme de renoncer à la communauté au greffe du tribunal saisi de la demande ; et la seconde passe un droit à l'avoué pour faire insérer l'extrait du jugement dans les mêmes tableaux où a été inséré l'extrait de la demande.

Malgré ces arguments, nous croyons que la publicité doit être faite aux deux domiciles du mari. L'intérêt des tiers exige qu'il en soit ainsi. Le tarif civil, dont le seul but est de fixer les émoluments des officiers ministériels pour les différents actes de leur ministère, n'a pu ajouter ou retrancher au Code de procédure civile, et par suite donner la solution de notre controverse.

D'ailleurs, les termes de l'article 872 C. pr. civ., qui se contentent de parler du mari, laissent place à notre interprétation et nous permettent ici une dérogation au principe invoqué par les partisans de la première doctrine.

SECTION II. — *Du délai dans lequel la publicité doit être faite.*

Pour être efficace, la publicité du jugement de séparation de biens doit être opérée dans le plus bref délai. C'est pourquoi les articles 1445 C. civ. et 872 C. pr. civ. prescrivent de la faire avant l'exécution du jugement, c'est-à-dire dans la quinzaine qui suit sa prononciation.

La femme n'est pas obligée d'attendre la signification du jugement, qui est le préliminaire obligé de toute exécution, avant de remplir les formalités de publicité voulues par la loi. S'il n'en était pas ainsi, elle aurait la faculté de prolonger à son gré le délai de quinzaine dans lequel la publication doit avoir lieu en ne faisant pas signifier le jugement; et, dès lors, il dépendrait d'elle de retarder d'une manière indéfini l'exécution, ce que le législateur a précisément tenu à empêcher par la fixation d'un délai très court.

On est même allé jusqu'à décider que l'avoué de la femme peut faire insérer les extraits du jugement aux tableaux dont parle l'article 872 C. pr. civ. avant que ce jugement ait été enregistré (1).

Voici comment on a raisonné.

D'après l'article 20 de la loi du 22 frimaire an VII, les greffiers ont un délai de 20 jours pour l'enregistrement des jugements de toute nature. Si donc l'avoué ne pouvait faire publier le jugement de séparation de biens avant l'accomplissement de cette formalité, il arriverait que, n'ayant aucun moyen de contraindre le greffier à soumettre à l'enregistrement la décision judiciaire dont nous parlons avant l'expiration du délai de 20 jours, il se trouverait souvent exposé à laisser atteindre par une nullité inévitable la séparation de biens qu'il aurait obtenue.

Il y a là sans doute un inconvénient ; mais, il se rencontre également quand il s'agit de l'exécution du jugement qui doit avoir lieu aussi dans la quinzaine de son prononcé.

Or, personne n'admettra que la femme puisse faire exécuter le jugement de séparation de biens avant qu'il ait été enregistré.

1. Voir jugement du Trib. d'Orange du 22 décembre 1846 (D. 51, 5, 481), qui décide que l'avoué de la femme n'est pas passible d'amende pour avoir publié un jugement de séparation de biens non encore enregistré.

Nous croyons que, dans l'un et l'autre cas, la femme doit mettre le greffier en demeure de faire enregistrer le jugement avant l'expiration du délai de quinzaine avec offre d'avancer elle-même les droits d'enregistrement, et que, si elle rencontre une résistance obstinée, le retard soit dans la publication soit dans l'exécution ne sera pas une cause de nullité de la séparation de biens. La femme ne peut être tenue à l'impossible. Mais, la nullité devrait être prononcée si la femme ne justifiait pas qu'elle a fait tout ce qui dépendait d'elle pour hâter la formalité de l'enregistrement.

Il est aussi une autre hypothèse où on ne peut faire grief à la femme de n'avoir pas rempli les formalités de publicité dans le délai imparti par la loi.

C'est dans le cas où le jugement de séparation de biens est attaqué par la voie de l'opposition ou de l'appel avant l'expiration de la quinzaine qui court de son prononcé.

La séparation de biens peut ne pas être maintenue par le jugement sur l'opposition ou par l'arrêt qui interviendront. A quoi pourrait servir de la publier ?

Le délai dont parle l'article 1445 C. civ. ne partira donc que du jour où il aura été rendu soit un

jugement qui rejette l'opposition soit un arrêt confirmatif.

C'est la première sentence qui devra alors être publiée.

La femme pourra bien, par surcroît de précautions, porter à la connaissance des tiers le jugement sur l'opposition ou l'arrêt : mais, nous ne pensons pas que ce soit de rigueur. La loi n'a prescrit la publicité que pour le jugement même qui prononce la séparation de biens ; et, ce jugement, malgré l'opposition ou l'appel, n'a rien perdu de sa force primitive, aussi bien vis-à-vis des tiers qu'entre les époux (1).

SECTION III. — *Durée d'exposition des extraits du jugement.*

La loi dit expressément que l'extrait du jugement de séparation de biens doit rester inséré pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce, et, à défaut de tribunal de commerce, à la maison commune du domicile du mari (2).

1. Carré et Chauveau, *quest.*, 2956. Bioche, n. 55. Dutruc, *loc. cit.*, p. 134 et 135. *Contrà.* Odier, n. 381.

2. Art. 872. Cpr. civ.

Elle ne paraît pas exiger la même durée d'exposition pour les extraits qui sont affichés dans les chambres des avoués et des notaires.

Mais le doute n'est pas possible. Il y a dans l'un et l'autre cas identité de motifs. D'ailleurs, cette solution résulte virtuellement de l'avant dernier paragraphe de l'article 872 C. pr. civ., qui semble bien faire rapporter le délai d'un an à toutes les formalités qu'il prescrit.

SECTION IV. — *Sanction des règles de publicité du jugement.*

Il est de doctrine et de jurisprudence que les formalités de publicité du jugement de séparation de biens doivent être observées à peine de nullité de l'exécution et du jugement lui-même (1).

Et cependant, la loi n'édicte pas expressément cette sanction ; mais, elle résulte des expressions irritantes de l'article 872 C. pr. civ. : « La femme ne pourra commencer l'exécution de ce jugement

1. Cass., 17 mars 1852 (D. 52, 1, 113). Alger, 5 juin 1874 (D. 78, 2, 9). Rodière et Pont, t. 3, n. 2143. Carré et Chauveau, *quest.*, 2946 *bis*. Aubry et Rau, t. V, § 516, note 26, p. 396. Laurent, t. XXII, n. 247. Guillouard, n. 1128.

que du jour où les formalités (de publicité) ci-dessus auront été remplies », et du renvoi, que contient cet article, aux dispositions de l'article 1445 C. civ. qui prononce la nullité.

Toutefois, un auteur, Berriat St-Prix, a hésité à admettre cette sanction au cas où la femme a omis de faire insérer l'extrait du jugement au tableau de l'auditoire du tribunal de commerce quand le mari n'est pas négociant. Les scrupules de Berriat St-Prix viennent de ce que l'article 872 Cpr. civ. n'a pas reproduit la peine de la nullité prononcée par l'article 1445 C. Civ. pour le cas où le mari est commerçant(2).

Il est vrai que l'article 872 ne prononce pas la nullité en termes exprès, mais il la sous-entend en disposant que la femme ne pourra commencer l'exécution du jugement qu'après avoir rempli les formalités de publicité. D'ailleurs, l'intention du législateur, révélée par le tribun Mouricault, a été d'exiger l'accomplissement de la formalité quelle que soit la profession du mari.

1. Aubry et Rau, t. V, § 516. Texte et note 26, p. 396. Laurent, t. XXII, n. 247. Guillouard, n. 1127.

La séparation de biens prononcée à l'étranger et non publiée en France est entachée de clandestinité vis-à-vis des créanciers français et par suite ne peut être invoquée contre eux (Trib. Seine, 3 août 1887 (*Pand. franç.*, 87, 2, 390). Guillouard, n. 1129.

2. Berriat St-Prix, *loc. cit.*, p. 672, observ. 2.

A ces raisons, nous ajoutons avec la Cour de Caen⁽¹⁾ « que la loi, ayant placé sur la même ligne la publication à faire au tribunal de commerce et celles qui doivent avoir lieu au tribunal civil, et leur ayant reconnu le même degré d'importance, « on ne peut penser qu'il ait voulu punir d'une manière différente leur omission ; que les mots « le tout sans préjudice des dispositions portées dans l'article 1445 du Code civil », qui terminent l'article 872, ne laissent pas de doute à cet égard, puisqu'en effet toutes les dispositions de l'article 1445 se trouvant textuellement reproduites dans l'article 872, excepté celle relative à la pénalité, il est clair que ce dernier article se réfère à l'autre, non seulement pour maintenir cette disposition, mais encore pour se l'approprier ; que l'article 872 déclare positivement que la femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités qu'il indique auront été remplies, ce qui, d'après les principes ci-devant déduits, doit être observé à peine de nullité (1) ».

1. Cass., 15 juillet 1828 (D. *Rép.*, *loc. cit.*, p. 366).

1. Voir pour les caractères de cette nullité ce qui est dit ci-après sur la nullité pour défaut d'exécution dans la quinzaine (ch. 6 *in fine*) et sur son mode d'exercice (ch. 7 au début).

APPENDICE

La séparation de biens accessoire à la séparation de corps doit-elle être rendue publique à peine de nullité?

Il y a une hypothèse où l'affirmative est certaine : c'est lorsqu'il s'agit d'époux dont l'un est commerçant. Alors, aux termes de l'article 66 du Code de commerce, tout jugement prononçant la séparation de corps ou le divorce est soumis aux formalités de l'article 872 C. pr. civ. ; à défaut de quoi, les créanciers sont toujours admis à s'y opposer, ainsi qu'à toute liquidation qui en serait la suite.

Mais, que décider s'il s'agit d'époux qui ne sont pas commerçants. Nous croyons qu'il faut aussi répondre affirmativement. En premier lieu, aux termes de l'article 880 C. pr. civ., extrait du jugement de séparation de corps doit être inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civil et de commerce que dans les chambres d'avoués et de notaires, « ainsi qu'il est dit article 872 ». C'est donc la même publicité que celle de l'article 872 qui

est prescrite, et elle doit être protégée par la même sanction. En second lieu, les motifs qui font annuler la séparation de biens principale pour défaut de publicité se retrouvent ici : dans les deux cas, les tiers ont les mêmes intérêts, celui de connaître le changement apporté au régime matrimonial des époux (1).

1. Voir *Req*, 14 mars 1837 (Dalloz. *Rép.*, n. 1792). Laurent, t. XXII, n. 248. Guillouard, n. 1129.

CHAPITRE V

DE L'EXÉCUTION DU JUGEMENT DANS LA QUINZAINE.

SECTION I. — *Son origine, son utilité.*

Si le jugement de séparation de biens n'était pas suivi d'exécution, il serait naturel de penser que la femme n'a pas agi d'une manière sérieuse et que son but était moins d'assurer la conservation de sa dot que de frustrer les créanciers du mari.

On avait déjà été frappé de cette pensée dans notre ancien droit.

Aussi la coutume de Paris (art. 224), celle d'Orléans (art. 198) et les arrêtés de Lamoignon (art. 82) exigeaient-ils, pour la validité de la séparation de biens, indépendamment de sa publicité, qu'elle fût exécutée sans fraude ; autrement, elle ne produisait aucun effet.

L'exécution consistait soit dans le remboursement de la dot soit tout au moins dans des poursuites faites pour obtenir ce remboursement et non aban-

données depuis. Le moyen le plus ordinaire de prévenir toute contestation de la part des créanciers sur la sincérité de l'exécution était de faire procéder publiquement à la vente des objets mobiliers du mari au profit de la femme. Par là, cette dernière devenait propriétaire de tout ce qui se trouvait dans le domicile conjugal et elle en imputait la valeur sur le montant de sa dot.

Mais les coutumes et la jurisprudence ne prescrivaient aucun délai fatal pour l'exécution.

Il faut bien se garder d'en conclure, comme l'ont fait certains auteurs, que le jugement pouvait être exécuté pendant 30 ans. L'arrêt de cassation du 19 août 1829 qu'on a invoqué en faveur de cette doctrine se borne à décider que l'article 1444 C. civ. est inapplicable dans l'espèce qui lui est soumise (1). D'ailleurs, il était admis dans l'ancien droit que le jugement devait, à peine de nullité, recevoir son exécution dans un délai raisonnable et tel que la femme ne pût être présumée avoir renoncé au bénéfice de la séparation.

Toutefois la nullité ne s'appliquait pas à la simple interruption de poursuites.

Sous ce rapport, et sous cet autre que l'exécution doit être faite dans un délai déterminé, il existe en-

1. Dalloz, *Rép. loc. cit.*, n. 1795.

tre l'ancien droit et le droit actuel deux différences essentielles.

L'article 1444 C. civ. dit en effet : « La séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle, si elle n'a point été exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme, effectué par acte authentique, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis. »

SECTION II. — *Du délai de quinzaine pour l'exécution.*

Le délai de quinzaine, imparti par l'article 1444 C. civ. pour l'exécution du jugement, est assurément fort court ; mais, sa brièveté a l'avantage de mieux empêcher les séparations de biens frauduleuses.

Il n'a pas été prorogé à un an par l'article 872 C. pr. civ.

On avait cru pouvoir induire la solution contraire des expressions suivantes de cet article « sans qu'il soit besoin d'attendre l'expiration du dit délai d'un an » et de l'article 873 C. pr. civ. ainsi conçu :

Art. 873 C. pr. civ. : « Si les formalités prescrites au présent titre ont été observées, les créanciers du mari ne seront plus reçus après l'expiration du dé-

lai dont il s'agit dans l'article précédent à se pourvoir par tierce-opposition contre le jugement de séparation. »

« Considérant, dit la Cour de Limoges (1), que l'article 872 C. pr. civ. contient une dérogation implicite à l'article 1444 C. civ. ; que la femme peut bien, si elle le veut, commencer ses poursuites avant le délai de l'année, mais qu'elle n'est pas tenue de le faire. »

« Considérant que l'article 873 C. pr. civ. donnant le délai d'un an aux créanciers pour former tierce-opposition au jugement de séparation, il est évident que l'article précédent n'a pas voulu astreindre la femme à exécuter le jugement avant l'expiration de ce délai, parce qu'autrement les poursuites de la femme deviendraient souvent sans utilité par le succès de la tierce-opposition. »

Mais, cette interprétation qui avait l'inconvénient dans une matière aussi grave, de créer un délai tout facultatif pour la femme, en prolongeant l'incertitude des tiers, est aujourd'hui repoussée par la jurisprudence et par tous les auteurs.

Elle ne reposait d'ailleurs sur aucune raison solide.

Les dérogations à une loi formelle ne se présu-

1. Limoges, 24 décembre 1811 (D. P., 19, 2. 110). Berriat Saint-Prix, p. 673, note 15.

ment pas facilement. Et, comment admettre que le législateur, s'il avait voulu prolonger le délai de l'article 1444 C. civ., n'eût pas exprimé sa volonté d'une façon positive ? Une pareille modification eût été trop grave pour qu'elle ne devînt pas l'objet d'une disposition expresse. Il est vrai que l'avant-dernier alinéa de l'article 872 C. pr. civ. manque un peu de clarté ; mais, lorsqu'il y a contrariété certaine entre deux dispositions de la loi, on doit s'attacher à faire produire à chacune d'elle les effets que le législateur lui a attribués.

Ainsi, il faut voir simplement, dans la combinaison des articles 1444 C. civ. et 872 C. pr. civ., le principe d'une simultanéité de publication et d'exécution du jugement.

L'exécution ne peut pas être commencée avant l'accomplissement des formalités de publication ; cependant, comme elle doit avoir lieu dans la quinzaine, il ne faudra pas attendre l'expiration du délai d'un an pendant lequel le jugement doit rester affiché.

Telle est la seule explication raisonnable et juridique de l'article 872 C. pr. civ.

Du reste, notre interprétation paraît conforme au vœu du législateur. La section du Tribunat avait fait observer au Conseil d'État qu'il convenait d'empêcher qu'on ne pensât que la femme dût attendre

l'expiration de l'année pour commencer l'exécution. Ce fut sur cette observation que l'on ajouta les derniers mots de l'article 872 C. pr. civ. (1).

Quant à l'argument tiré de l'article 873 C. pr. civ., il n'est que spécieux.

Aucune disposition législative générale n'empêche d'exécuter les jugements susceptibles d'être attaqués par la tierce opposition avant l'expiration du délai qui est donné pour user de cette voie de recours.

L'article 873 C. pr. civ. n'est ni assez formel ni assez précis pour permettre, dans l'hypothèse spéciale dont il s'occupe, une dérogation aussi grave au droit commun.

Il a eu seulement pour but de réduire à un an le délai ordinaire pendant lequel la tierce-opposition peut être formée afin de faire cesser plus vite l'incertitude de la situation des époux en rendant leur séparation de biens inattaquable (2).

On a aussi proposé, pour résoudre la contradiction apparente que présentent dans leurs dispositions les articles 1444 C. civ. et 872 C. pr. civ., d'entendre la loi en ce sens que les deux délais de quinzaine et d'un an doivent être cumulés.

1. Locré, t. 4, p. 107.

2. En ce sens, Dalloz, *Rép.*, *loc. cit.*, n. 1798 et les auteurs et arrêts qu'il cite. Aubry et Rau, t. V, § 516, note 29, p. 397. Colmet de Santerre, t. VI, n. 92 *bis*, VI. Laurent, t. XXII, n. 251. Guillouard, t. III, n. 1132.

Mais, rien ne saurait autoriser une semblable interprétation. Aussi n'a-t-elle jamais été admise par la jurisprudence, si ce n'est par un arrêt très ancien de la cour de Riom du 13 juillet 1814 (V. Dalloz, *loc. cit.* n° 1803).

On ne pourrait pas non plus prétendre que le délai de quinzaine de l'article 1444 C. civ., s'ajoute à celui de trois mois et quarante jours, accordé à la femme commune en biens par l'article 174 C. pr. civ., pour faire inventaire et délibérer.

L'embarras où se trouve la femme pour prendre parti ne l'empêche pas de faire procéder à l'exécution du jugement de séparation de biens dans les quinze jours de son prononcé. Mais, elle doit se contenter d'exercer, pendant ce délai, ceux de ses droits qui ne sont pas subordonnés à son option et qu'elle peut faire valoir même au cas de renonciation. Par exemple, il lui est loisible de reprendre l'administration de ses biens propres, de poursuivre la communauté pour obtenir le remboursement de ses propres aliénés, ou du moins, si ses droits ne sont pas liquidés, de sommer le mari de se présenter chez un notaire pour procéder à leur liquidation.

Observons d'ailleurs que la question que nous examinons est plus théorique que pratique; car, le plus souvent, la communauté sera évidemment mau-

vaie, et la femme séparée de biens n'aura rien de plus pressé que d'y renoncer (1).

Il est incontestable que l'article 1444 du Code civil, qui exige l'exécution dans la quinzaine, s'applique au cas où le jugement est par défaut aussi bien qu'au cas où il est contradictoire (2). L'article 155 C. pr. civ., aux termes duquel les jugements par défaut ne peuvent être exécutés avant l'expiration du délai de huitaine à compter de leur signification à avoué ou à partie, est inapplicable en matière de séparation de biens. S'il n'en était pas ainsi, la femme aurait la faculté de prolonger à son gré le délai de quinzaine de l'article 1444 du Code civil, en ne faisant pas signifier le jugement ; et, dès lors, il dépendrait d'elle de retarder d'une manière indéfinie l'exécution de ce jugement, ce que la loi a voulu précisément empêcher par la fixation d'un délai très court, qu'elle fait, d'ailleurs, expressément courir de la décision judiciaire qui prononce la séparation de biens et non pas de sa signification.

Cette dérogation à la règle de l'article 155 C. pr. civ., se justifie du reste par ce principe que les lois

1. Guillouard, *C. de mariage*, t. III, n. 1142. Colmet de Santerre, t. VI, n. 92 bis, IV. Laurent, t. XXII, n. 254.

2. Cass., 18 août 1884 (D. 85, 1, 207). Dalloz, *Rép.*, n. 1799. Aubry et Rau, t. V, p. 516, note 33, p. 398. Guillouard, t. III, n. 1141.

spéciales doivent être exécutées de préférence aux lois générales, même postérieures, lorsque celles-ci ne les ont pas abrogées.

Il est également certain que l'exécution dans la quinzaine est rigoureusement prescrite, bien que le jugement ne contienne pas la liquidation des reprises de la femme. C'est par une aberration inexplicable que la cour de Besançon a jugé le contraire (1).

De tout ce qui précède, il résulte que le délai de l'article 1444 C. civ., n'a été modifié par aucune loi postérieure, et qu'il doit être respecté dans tous les cas.

Il est cependant une hypothèse où la femme peut se trouver dans l'impossibilité de se conformer aux prescriptions de la loi.

Il faut supposer que le greffier du Tribunal refuse, soit de faire enregistrer le jugement, soit d'en délivrer la grosse.

En ce cas, la femme doit procéder comme nous l'avons dit en développant les règles de publicité du jugement : mettre le greffier en demeure de faire enregistrer le jugement, et de remettre la grosse, avec menace de le rendre responsable de la nullité qui pourrait être encourue et de ses conséquences.

1. V. Dutruc, *loc. cit.*, p. 142. *Contrà* Besançon, 30 juin 1809 (D. *loc. cit.*, n. 1800).

SECTION III. — *De l'exécution du jugement de séparation de biens.*

Aux termes de l'article 1444 C. civ., « la séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle si elle n'a point été exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme, effectué par acte authentique jusqu'à concurrence des biens du mari, ou du moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis ».

L'exécution peut donc être volontaire ou forcée.

§ 1. — *De l'exécution volontaire.*

Bien loin de proscrire l'exécution volontaire de la séparation de biens prononcée par jugement, le Code civil l'autorise par l'article 1593 qui fait exception à la nullité des ventes entre époux dans le cas où le mari cède des biens à sa femme séparée judiciairement de biens d'avec lui en paiement de ses droits.

Les époux ne sont plus suspects, lorsqu'ils obéissent à une décision judiciaire rendue en connaissance de cause ; ils peuvent donc régler amiablement leurs intérêts pécuniaires.

Il suffit qu'ils se conforment aux prescriptions de l'article 1444 C. civ., c'est-à-dire que l'exécution volontaire consiste dans le paiement réel des droits de la femme, effectué par acte authentique, et dans la quinzaine qui a suivi le jugement.

Rien d'ailleurs n'empêcherait que l'exécution n'eût lieu d'une manière amiable que sur un point, pourvu que la femme commençât en temps utile des poursuites à l'égard du reste.

Il faut bien se garder de confondre l'exécution spontanée du jugement avec la séparation de biens volontaire qui serait le résultat d'une entente entre les époux et tomberait dès lors sous l'application de l'article 1443 *in fine* C. civ. (1)

L'article 1444 C. civ., exige formellement un acte authentique pour constater le paiement.

Un acte sous seing privé ne saurait donc être suffisant dans aucun cas.

Troplong prétend que ce serait pousser la rigueur à l'excès que d'entendre ainsi l'article 1444, et se contente même d'un acte sous seing privé non enregistré.

Cet auteur cite en l'approuvant un arrêt de la Cour de cassation du 23 août 1825 qui décide que, lorsqu'il y a exécution de la part du mari d'un juge-

1. V. *suprà*. Chap. I.

ment de séparation de biens, ce jugement peut être déclaré valable, même à l'égard d'un tiers acquéreur du mari, encore qu'il ne soit pas déclaré que cette exécution a eu lieu dans la quinzaine, et que l'acte duquel on la fait résulter ne soit pas authentique, et n'ait pas été rendu public ; que, du moins, l'arrêt qui, dans ce cas, constate en fait qu'il y a eu exécution du jugement de séparation de biens échappe à la censure de la Cour de cassation.

On a peine à comprendre cette décision de la Cour suprême, tant l'article 1444 est précis.

Sans doute, il ne faut pas se montrer trop méticuleux et trop exigeant quand la loi ne s'exprime pas en termes formels ; mais, rien ne saurait autoriser la violation d'une prescription positive du législateur, surtout dans une matière où la mauvaise foi est toujours à craindre, où il est même permis de la présumer.

Du reste, ce n'était pas trop d'exiger que l'exécution de la séparation de biens fût constatée par acte authentique ; car, en pareil cas, les actes authentiques sont eux-mêmes souvent impuissants à exclure la fraude.

Enfin, la femme ne peut pas raisonnablement se plaindre ; il ne sera pas plus difficile pour elle d'obtenir la liquidation par acte authentique que par acte sous seing privé. N'a-t-elle pas, d'ailleurs, un

moyen certain de vaincre la résistance de son mari ; qu'elle dirige contre lui les poursuites prescrites par la loi ; elle ne reculera pas devant cette nécessité si sa demande a été sérieuse (1).

Pour valoir exécution du jugement de séparation de biens, le paiement des droits et reprises de la femme doit être effectué, dit l'article 1444 C. civ., jusqu'à concurrence des biens du mari.

La cession de tout le mobilier n'est donc pas suffisante s'il est constant que le mari possède des immeubles (2).

Il n'y a pas non plus exécution du jugement au cas où la femme, au lieu d'épuiser les biens du mari,

1. Rouen, 31 janvier 1863 (D. 63, 2, 75). Bordeaux, 7 novembre 1877 (Dalloz, *supp.*, p. 117, en note). Dalloz, *rép.* n. 1809, Dutruc, *loc. cit.*, n. 187. Aubry et Rau, t. V, § 516, note 31, p. 397. Laurent, t. XXII, n. 254. Guillouard n. 1136. *Contrà* : Req., 23 août 1825 (Dalloz, *rép.*, v^o vente n. 430).

Mais il ne faut pas ajouter aux exigences de la loi qui veut un acte authentique et non spécialement un acte notarié. Le paiement est donc valablement constaté par la quittance de l'huissier sur le commandement signifié au mari, ou par un procès-verbal de réception de deniers spécial émanant de cet officier ministériel. Req., 12 août 1847 (D. 47, 1, 322). Laurent, t. XXII, n. 253. Guillouard, n. 1133. *Contrà*, Dutruc, *loc. cit.*, n. 190.

2. Colmar, 30 décembre 1838 (D. *loc. cit.*, n. 1811). Paris, 27 décembre 1871 (D. 73, 5, 414). Laurent, t. XXII, n. 256. Guillouard, *loc. cit.*, n. 1135.

le laisse dépositaire du gage garantissant le paiement de sa dot. Une semblable tolérance démontre que la séparation de biens a été provoquée dans le seul but de soustraire les biens du mari aux exécutions de ses créanciers.

De même, lorsque les époux, après avoir liquidé les droits de la femme et affecté des valeurs au remboursement de sa constitution dotale, stipulent que, pour le surplus, la femme s'en fera payer quand elle voudra.

D'ailleurs, il n'est pas indispensable qu'elle reçoive le paiement intégral de sa créance avant l'expiration du délai de quinzaine ; il suffit sans doute que le paiement soit commencé dans ce délai : la loi n'a pas voulu l'impossible ; et, l'on comprend que les facultés du mari séparé de biens lui permettront fort rarement d'acquitter les reprises de la femme. Le seul but de l'article 1444 C. civ., est d'empêcher que la séparation de biens ne soit, de la part des époux, un jeu sous lequel se cache la fraude. Mais, quand la séparation de biens a reçu un commencement de sérieuse exécution, qu'importe que la femme ne soit pas immédiatement remplie de tous ses droits ? Un concert frauduleux n'est plus présumable. Le paiement d'un à-compte sur les reprises de la femme est même inconciliable avec la continuation de la communauté. Il prouve donc que la

demande en séparation de biens n'a pas été un faux semblant. Il n'en serait autrement que si le mari avait remis à sa femme un à-compte dérisoire.

La disposition de l'article 1444 du Code civil *in fine* ne s'applique, il est vrai, qu'au cas d'exécution forcée poursuivie par la femme; mais, la raison de décider est la même; dans les deux hypothèses, l'exécution a été sérieuse et assez prompte pour écarter tout soupçon de fraude de la part des époux; le vœu de la loi est donc rempli (1).

Il faut même dire qu'il y aurait exécution suffisante de la séparation de biens, si, la liquidation ayant eu lieu dans la quinzaine, il avait été accordé au mari, pour le paiement des reprises, un délai modéré et justifié d'ailleurs par les circonstances.

§ 2. — *De l'exécution forcée.*

Lorsque le mari ne consent pas à exécuter amiablement la séparation de biens, la femme est dans l'impossibilité, pour se procurer l'acte authentique exigé par l'article 1444 C. civ., d'établir ses droits

1. Carré et Chauveau, *loc. cit.*, *quest.*, 2950 *ter.* Troplong, *loc. cit.*, n. 1361. Aubry et Rau. t. 5, § 516, p. 397, texte et note 38. Guillouard, t. 3, n. 1135. Trib. civ. de Cahors (*Pand. Chr.* 89, II, 255). Cass., 3 février 1834 (S. 34, 1, 98).

devant un notaire, qui, en l'absence du mari, ne saurait dresser un acte obligatoire pour ce dernier. Elle est obligée de diriger contre lui les poursuites dont nous allons nous occuper.

La loi se borne à dire, sur ce second mode d'exécution de la séparation de biens, qu'il consiste en des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis (art. 1444 C. civ., *in fine*).

Une énumération eût été trop longue et eût couru le risque de contenir des omissions ; mais, il est regrettable que le législateur n'ait pas fourni, sur la nature des poursuites, des indications qui eussent servi de guide aux interprètes. Son silence a donné naissance à de nombreuses controverses.

Nous n'admettons pas, d'une manière absolue (1), que toute latitude soit laissée aux tribunaux pour apprécier les actes valant exécution complète ou seulement commencement d'exécution du jugement de séparation de biens. Il ne faut pas oublier, et les juges devront tenir compte de cette idée, que le vœu de la loi est que la femme exécute promptement la décision qu'elle a obtenue, et que, si elle ne peut le

1. Voir Cass., 18 août 1884 (S., 88, 1, 207. D. 85, 1, 207). Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, p. 442. § 649. Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 398, texte et note 36. Laurent. t. XXII, n. 255.

faire dans le délai de l'art. 1444, elle montre, par des actes énergiques, que sa séparation de biens est sérieuse, et qu'elle tient à profiter des avantages que la loi y attache.

C'est cette idée qui inspirera les solutions que nous donnerons dans la suite.

Selon nous, les poursuites qui emportent exécution du jugement peuvent être classées en trois catégories, et tendre à la liquidation des reprises de la femme, à leur paiement, ou à l'aquittement des frais du procès.

I. — *Des poursuites tendant à la liquidation des reprises.* — La liquidation des reprises de la femme ne précède plus la séparation de biens.

Dans la plupart des provinces de l'ancienne France, il en était autrement.

Un premier jugement ordonnait l'inventaire et la liquidation des apports de la femme, et, s'il y avait lieu, de la communauté. Une seconde décision judiciaire intervenait qui prononçait la séparation de biens.

En Alsace, une pratique contraire était en vigueur. Le jugement qui accordait la séparation de biens ordonnait qu'elle serait suivie de l'inventaire et de la liquidation des droits de la femme.

C'est encore la procédure qui est actuellement suivie.

La plupart du temps, la femme conclut à la fois à la séparation de biens, et, par voie de conséquence, à la liquidation de ses reprises, et, s'il a lieu, de la communauté qui a pu exister entre les époux.

Le jugement, qui lui adjuge les conclusions de sa demande principale, ordonne aussi la liquidation, et commet un juge et un notaire pour y procéder.

La femme remet alors au notaire toutes les pièces et lui donne tous les renseignements, qui peuvent lui servir à la rédaction de son travail.

Une fois l'état liquidatif dressé, le mari et les autres personnes qui ont été parties au procès, créanciers ou syndics, reçoivent sommation d'en prendre communication à l'étude du notaire, et de l'approuver, ou le contester.

Cette mise en demeure, régulièrement signifiée dans le délai de quinzaine de l'article 1444 C. civ., constitue-t-elle un acte de poursuite valant commencement d'exécution du jugement de séparation de biens ?

Nous le pensons. On ne peut méconnaître que la sommation de prendre communication de la liquidation dressée dans la quinzaine a pour but direct et principal l'exécution du jugement, et que, dès lors, elle paraît satisfaire au vœu de la loi.

Il reste, d'ailleurs, évident que la femme ne devra pas s'en tenir là, et que, si le mari ne répond pas à l'intimation qui lui a été faite, ou s'il conteste le travail du notaire, elle sera dans l'obligation d'en poursuivre sans retard l'homologation devant le tribunal.

En pratique, à Paris notamment, il est très rare que l'état liquidatif soit dressé dans la quinzaine du jugement de séparation de biens. Ce délai est trop court pour que le notaire puisse préparer un tel travail dont l'importance et la difficulté sont souvent considérables. Aussi se contente-t-il de rédiger dans le délai de l'article 1444 C. civ. un procès-verbal d'ouverture de liquidation, à la lecture duquel le mari reçoit sommation d'assister.

Selon nous, ce n'est pas là un commencement d'exécution suffisant. En faisant dresser un acte qui indique seulement son intention de faire procéder à la liquidation de ses reprises, la femme ne nous paraît pas se conformer au désir de la loi. Un procès-verbal d'ouverture de liquidation ne saurait équivaloir à de véritables poursuites pas plus d'ailleurs que la sommation d'y assister (1).

Si nous admettons une autre solution au cas où la liquidation est effectivement dressée dans le dé-

1. Req., 18 février 1852 (D. 52. 1. 241).

lai de la loi, en voici la raison : c'est qu'alors, nous semble-t-il, la bonne foi de la femme, qui a fait établir immédiatement ses droits et paraît disposée à le faire valoir, ne peut être suspectée. Ici, il n'en est pas de même. Nous nous trouvons en présence d'un acte dans lequel la femme se borne à manifester sa volonté de faire dresser la liquidation de ses reprises. Rien ne fait prévoir qu'elle mettra son idée à exécution. Comment pourrions-nous en tenir compte dans une matière où la fraude est toujours présumable ? Dans la première hypothèse, nous avons devant nous des faits tangibles dont la signification ne saurait faire de doute ; dans la seconde, l'affirmation d'une volonté qui peut changer. C'est ce qui explique la différence de nos solutions.

Que si, par omission, ou pour ne pas statuer *ultra petita*, le jugement de séparation de biens n'a pas ordonné la liquidation des reprises, la femme ne pourrait pas davantage se prévaloir comme valant commencement d'exécution d'une assignation tendant à cette fin qu'elle ferait délivrer dans la quinzaine.

Elle devait demander la liquidation au tribunal et veiller à ce qu'elle lui soit accordée. Si elle ne l'a pas fait, elle doit, pour bien prouver que l'instance qu'elle a engagée était sérieuse, diriger contre son

mari des poursuites en paiement des frais du procès que nous allons étudier.

II. — *Des poursuites tendant au paiement des reprises ou des frais du procès.* — Il peut se faire que, durant l'instance, la femme ait fait apposer les scellés au domicile de son mari en vertu d'une ordonnance du Président du tribunal et dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles composant leurs patrimoines respectifs. Si la situation est peu compliquée, et si tous les renseignements utiles sont fournis au tribunal, rien ne s'oppose à ce que le jugement qui prononce la séparation de biens contienne aussi la liquidation des droits de la femme.

Il est possible aussi qu'un compromis authentique intervienne entre les époux dans la quinzaine du jugement sur le règlement de leurs intérêts pécuniaires. La loi ne défend pas aux époux séparés de biens de terminer leurs contestations par la voie de l'arbitrage.

Dans ces cas, qui, nous le reconnaissons, se présentent très rarement, la femme a la latitude de poursuivre son mari en paiement de ses reprises dans la quinzaine du jugement.

La plupart du temps, il n'en est pas ainsi. Les droits de la femme ne peuvent être liquidés, leur recouvrement opéré, dans le délai fixé par l'art. 1444

C. civ. La femme, si d'ailleurs elle n'a pu se procurer l'acte authentique dont parle la loi, est obligée de diriger contre son mari des poursuites en paiement des frais du procès. C'est même le seul moyen qui soit à sa disposition pour éviter la nullité du jugement faute d'exécution. Les tribunaux l'ont bien compris. Aussi, bien que, l'affaire étant ordinaire, ils ne soient pas tenus de taxer les dépens auxquels ils condamnent le mari dans la décision même qui prononce la séparation de biens, ils ne manquent jamais de les liquider provisoirement à une somme généralement de beaucoup inférieure au chiffre réel. La femme, en possession d'un titre exécutoire portant une condamnation liquide et exigible, peut dès lors poursuivre le mari sans aucun retard.

Le moment est venu d'indiquer les actes tendant soit au paiement des reprises soit à celui des dépens qui constituent un commencement d'exécution dans le sens de la loi.

Et d'abord, que penser de la signification du jugement ?

Cette question a partagé assez longtemps les tribunaux et les auteurs ; mais, on peut dire que la négative a définitivement prévalu (1).

1. Dans le sens de la négative, Limoges, 11 juillet 1839 (S., 40, 2, 17). Rouen, 31 janvier 1863 (S., 63, 2, 126) Toulhier, t. 13, n. 77. Battur, *Communauté*, t. II, n. 642. Benoît

La brièveté du délai est à proprement parler le seul argument de l'opinion contraire.

Mais, devant quelles objections décisives cet argument ne vient-il pas se briser ? Il n'est pas douteux que, dans le délai de quinzaine, la femme peut fort bien signifier le jugement et commencer ensuite des exécutions. Elle devra certainement se hâter, mais pourquoi userait-on de ménagements envers elle ? Ne faut-il pas la contraindre à prouver, par la célérité des poursuites, que sa dot était vraiment en péril dans les mains de son mari, et qu'elle s'est fait sérieusement séparer de biens ? N'est-ce pas d'ailleurs dans le vœu de la loi ? Or, nous le demandons, la simple signification du jugement accompagnée d'une interpellation purement de style est-elle de nature à révéler l'intention de la femme de poursuivre franchement l'exécution de la sentence qu'elle a obtenue. Cette signification n'est qu'un acte préparatoire à l'exécution ; elle peut même avoir pour unique objet de faire courir le délai d'appel. Attribuer à un pareil acte la portée d'un commencement de poursuites, ce serait faciliter et encourager les abus que l'art. 1444 a voulu précisément empêcher.

Dot, t. I, n. 311. Carré et Chauveau, *Quest.*, n. 2952, Trolong, n. 1363. Bioche, *Sép. de biens*, n. 78. Dutruc, *Sép. de biens*, n. 195. Laurent, t. XXII, n. 257. Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 398, notes 34 et 35.

Nous dirons, cependant, avec Troplong, que, s'il résultait des circonstances que la femme ne pouvait faire utilement aucun autre acte contre le mari, par exemple, parce qu'il était en faillite ou en liquidation judiciaire et qu'il n'y avait pas possibilité de poursuivre la vente de ses biens précédemment saisis, il ne faudrait pas lui faire un reproche de s'être contentée pour le moment de ce premier acte. Toutefois, en pareille hypothèse, elle devrait, dans le même exploit, faire commandement pour qu'on ne puisse pas se méprendre sur le but et la portée de la signification, et produire, dans le délai de quinzaine, soit à la faillite ou à la liquidation judiciaire, soit à l'ordre ouvert sur le prix des immeubles de son mari.

La seule production sans signification commandement ne nous paraîtrait pas suffisante. Il est vrai que, si le mari est en faillite ou en liquidation judiciaire, ou si un ordre est ouvert sur le prix de ses immeubles, qui par hypothèse composent à eux seuls son patrimoine, la femme est bien obligée de suivre le sort des autres créanciers, et d'attendre la clôture de l'ordre ou celle des opérations de la faillite ou de la liquidation judiciaire avant de pouvoir obtenir le paiement de ses reprises. Aussi certains auteurs ont-ils décidé que, dans ces cas, elle était dispensée

de toute poursuite et pouvait se contenter d'une production.

Nous ne partageons pas cette doctrine. Rien ne s'oppose à ce que, dans la quinzaine, la femme fasse une signification commandement au mari et aux syndics ou liquidateurs, s'il y a lieu. Pourquoi la dispenser d'un acte qui témoignera de la sincérité de la séparation de biens.

Il est évident qu'au cas de faillite ou de liquidation judiciaire la femme ne pourrait s'excuser du défaut de poursuites contre les syndics ou liquidateurs en se basant sur ce fait qu'ils n'auraient pas accepté leur mission. C'est à elle à faire toutes diligences pour régulariser la procédure.

Quid d'une saisie-arrêt pratiquée par la femme entre les mains d'un débiteur du mari ? Il est bien certain qu'au début la saisie-arrêt est une mesure purement conservatoire, et que sa nature ne change, suivant l'opinion générale, que lorsqu'elle est validée. Il ne suffirait donc pas que l'assignation en validité fût délivrée dans la quinzaine. Cet acte ne saurait valoir comme commencement d'exécution de la séparation de biens. Rien ne prouve en effet que la saisie-arrêt sera validée ; elle peut ne pas être sérieuse, ce doute empêche de considérer l'assignation en validité comme ayant le caractère d'un véritable acte de poursuite.

Il en serait autrement du jugement qui validerait la saisie-arrêt dans le délai de l'art. 1444. Il faudrait, selon nous, s'en contenter, et y voir un commencement d'exécution.

Il est à peine besoin de dire que la publicité du jugement ne saurait avoir une telle valeur. Les actes qui ont pour but de porter la séparation de biens à la connaissance des tiers ne peuvent en aucune façon être regardés comme des actes d'exécution.

La solution serait la même pour la citation en conciliation, même si elle est suivie dans le mois d'une demande en justice. Remarquons que, dans notre hypothèse, le préliminaire de conciliation n'est pas exigé. Puisqu'il s'agit d'exécuter une décision précédemment rendue, il ne saurait y avoir de demande principale introductive d'instance, telle que la suppose l'art. 48 C. pr. civ. L'autorisation que la femme a reçue de former sa demande en séparation de biens sans essai de conciliation s'applique nécessairement à toutes les suites de cette demande. Par suite, la citation en conciliation qu'elle ferait délivrer serait tout à fait inutile. D'ailleurs, elle n'a pas par elle-même la nature et le caractère d'un acte de poursuite. On ne devrait donc en tenir aucun compte dans notre hypothèse.

Par contre, le commandement de payer donné au mari dans la quinzaine du jugement vaut certaine-

ment commencement d'exécution. Cet acte est, en effet, le préliminaire obligé de la saisie, et ne laisse pas de doute sur l'intention de celui qui le fait signifier (1).

La question ferait encore moins de difficulté si la femme avait fait saisir les meubles du mari, ou dresser un procès-verbal soit de carence soit de réception de deniers.

III. — *De la non interruption des poursuites.* — Les poursuites valant commencement d'exécution ne doivent pas être interrompues (art. 1444 *in fine* C. civ.). Autrement, l'effet qu'elles ont produit tomberait. — Cette disposition est essentiellement juste.

Les retards, que la femme apporterait aux poursuites qu'elle a ébauchées, feraient douter de sa bonne foi et empêcheraient de reconnaître aux actes qu'elle a déjà faits le caractère et la portée d'un commencement d'exécution.

Par conséquent, la femme, qui n'a pu obtenir de son mari l'approbation de la liquidation qu'elle a fait dresser dans la quinzaine du jugement, doit en poursuivre sans retard l'homologation devant le tribunal.

Si elle a été à même de se procurer dans le délai

1. Trib. civ. Seine, 25 novembre 1889 (*Gaz. Pal.*, 90, 1, 215).

de l'art. 1444 un titre exécutoire pour le montant de ses reprises, elle est tenue d'en continuer le recouvrement avec toute la célérité désirable.

Au cas enfin où elle a dû se borner à demander à son mari le paiement des frais du procès, elle est obligée, pour satisfaire à la loi, de mener rapidement les poursuites commencées à bonne fin. De plus, dans cette hypothèse, elle doit presser la liquidation de ses reprises pour en exiger très vite le remboursement.

L'art. 1444 C. civ., est muet sur les faits d'interruption comme sur les actes valant commencement d'exécution.

Il n'y a donc pas non plus de règle précise à poser.

Ici encore, nous ne donnerons que sous réserves l'appréciation souveraine des faits constitutifs de l'interruption aux Tribunaux. Ils ne doivent pas oublier qu'en matière de séparation de biens, la mauvaise foi est naturellement présumable, et que la simple négligence peut le plus souvent faire supposer de la part de la femme une renonciation au bénéfice du jugement qu'elle a obtenu. Par suite, ils sont dans l'obligation d'admettre très facilement l'interruption des poursuites (1).

1. V. Rodière et Pont, *C. de mar.*, n. 2157. Marcadé, sur l'art. 1444, n. 3. Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 398, note 36. Colmet de Santerre, t. VI, n. 92 bis, VII. Guillouard, t. III, n. 1140. Comp. Caen, 2 décembre 1851 (S., 52, 2, 299). Angers, 5

La Cour de cassation nous paraît avoir méconnu l'esprit de la loi, et perdu de vue la protection due aux créanciers du mari, en décidant, par exemple, qu'il n'y avait pas eu interruption de nature à entraîner la nullité du jugement dans le cas où les poursuites s'étaient bornées à un commandement signifié dans la quinzaine, et suivi cinq mois après d'un procès-verbal de carence, et dans une espèce où les exécutions avaient été suspendues pendant onze mois et vingt-quatre jours (1).

La suspension des poursuites n'est excusable que dans l'hypothèse où elles n'ont aucune chance d'aboutir, si le mari, tombé en déconfiture, en faillite, ou en liquidation judiciaire, est dans l'impossibilité, d'ailleurs constatée par un carence, de se libérer vis-à-vis de la femme (2).

On ne saurait, toutefois, faire grief à la femme d'abandonner momentanément les poursuites contre son mari, si elle plaidait ensuite contre l'un de ses créanciers.

janvier 1877 (D., 77, 2, 174). Cass., 26 juin 1878 (S., 79, 1, 176) ; 18 août 1884 (D., 85, 1, 207).

1. Cass., 6 décembre 1830 (D. 31, 1, 16) ; 2 mai 1831 (D. 31, 1, 182). *Adde.* Cass., 18 août 1884 (D. 85, 1, 207). En notre sens : Nancy, 25 juin 1891 (*Gaz. Pal.*, 91, 2, 174).

2. Rennes, 15 mars 1862 (D. 63, 5, 338). Angers, 5 janvier 1877 (D. 77, 2, 174). Req., 26 juin 1878 (D. 79, 1, 80).

Nous approuvons donc avec les auteurs un arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 1819 (D. 19. 1. 363), par lequel la Cour suprême a jugé qu'il n'y avait pas eu interruption de poursuites dans le sens de la loi, par cela seul que la femme avait cessé d'agir directement contre son mari pour intervenir dans une instance pendante entre lui et l'un de ses créanciers qui avait fait saisir ses immeubles. Ce qui justifie, selon nous, la solution de la Cour de cassation, c'est que, dans l'espèce qui lui était soumise, la femme avait agi en présence de son mari, et, en réalité, contre lui, puisqu'il figurait au procès comme partie saisie. Il en aurait été autrement, si la femme se fût contentée, par exemple, d'actionner un tiers détenteur, en l'absence de son mari, pour obtenir le délaissement d'un immeuble dont elle aurait voulu se prévaloir pour le paiement de ses droits. Peu aurait importé que le mari n'ait pas d'autres biens. La femme serait censée avoir interrompu ses poursuites contre lui si elle ne les complétait pas par un procès-verbal de carence, c'est-à-dire par un acte qui pût apprendre à la justice qu'elle n'a d'autre ressource pour se faire payer de ses droits que l'action contre le tiers détenteur. Il est, en effet, dans le vœu de la loi que la femme épuise d'abord tous les moyens du mari avant de s'adresser à des tiers qui seraient détenteurs de ses biens ou ses débi-

teurs. Elle doit montrer en poursuivant la réalisation des ressources actuelles de son mari qu'il n'existe pas de concert frauduleux entre elle et lui (1).

IV. — *Des actes constitutifs de l'exécution forcée.* — L'exécution forcée du jugement de séparation de biens est complète, lorsque la femme reçoit le paiement, effectué par acte authentique, de ses droits et reprises, soit intégralement, soit à concurrence des biens de son mari (1).

Il en est ainsi au cas où elle est désintéressée, même partiellement, dans l'ordre ouvert sur le prix des immeubles de son conjoint, et au cas où elle n'obtient qu'un dividende dans la faillite, dans la liquidation judiciaire, ou dans la distribution par voie de contribution du produit de la vente du mobilier de son mari, à condition toutefois qu'elle fasse constater, si elle n'est pas intégralement payée, l'absurdité de poursuites nouvelles.

Dans l'hypothèse où le mari n'a aucuns biens, il faut considérer un procès-verbal de carence comme une exécution suffisante? A quoi bon exiger des poursuites illusoires. Le carence témoigne surabondamment de l'absence de ressources du mari et de

1. Benoît, *De la dot*, n. 313.

1. Voir ce que nous avons dit sur l'acte authentique exigé par l'article 1444 C. civ. au sujet de l'exécution volontaire,

l'intention de la femme d'exécuter le jugement de séparation de biens.

La cession de biens, faite par le mari, n'opère pas, suivant nous, une interversion de nature à dispenser la femme de toute poursuite. Il faut assimiler en quelque sorte ce cas à celui de la faillite, et décider que, malgré le dessaisissement du mari, la femme doit lui notifier une signification commandement dans la quinzaine du jugement, provoquer la vente de ses biens, et se présenter à la distribution du prix.

Que si la femme n'a ni reprises ni constitution dotale à exercer, elle nous paraît satisfaire à la loi, soit en faisant la déclaration devant notaire qu'elle n'a rien à répéter, en présence de son mari, ou lui dûment sommé ; soit en demandant au tribunal de lui donner acte de sa renonciation motivée à exercer aucun droit contre son mari (1).

SECTION IV. — *Sanction des règles prescrivant l'exécution du jugement.*

L'art. 1444 C. civ., prononce expressément la

1. L'avoué de la femme n'est pas responsable du défaut d'exécution du jugement de séparation de biens dans la quinzaine, s'il a remis ou offert de remettre toutes les pièces à sa cliente moyennant le paiement des frais qu'il a avancés. V. Limoges, 11 juillet 1839 (D. 40, 2, 60).

nullité de la séparation de biens qui n'a pas été exécutée par le paiement des reprises de la femme, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis.

Cette nullité n'est pas une nullité de forme. La loi l'a prononcée parce que l'inexécution ou le retard apporté dans l'exécution du jugement lui rendent suspecte la demande en séparation elle-même. « En réalité le jugement est annulé pour soupçon de fraude dans une matière où la fraude a toujours été si fréquente » (Guillouard, n° 1143).

La procédure elle-même tombe.

On a soutenu le contraire en se basant sur un argument tiré de l'art. 156 C. pr. civ. Cet article, a-t-on dit, déclare nul le jugement par défaut non exécuté dans les six mois de son obtention, sans porter atteinte à la demande originaire, ni aux procédures qui l'ont suivie. Il ne peut en être autrement dans notre hypothèse. L'art. 1444 C. civ., n'a pas dérogé expressément au droit commun. La nullité qu'il prononce ne doit donc s'appliquer qu'au jugement même qui prononce la séparation de biens.

Cette argumentation n'est que spécieuse : aussi, la doctrine qui s'appuie sur elle n'a-t-elle pas prévalu ?

En effet, l'art. 1444 C. civ. prononce la nullité, non pas du jugement, mais de la séparation de biens. Et

cette expression montre bien que le législateur n'a pas seulement en vue le jugement, mais aussi toute la procédure faite pour l'obtenir.

L'art. 156 C. pr. civ., loin de contrarier notre opinion, la justifie; car, cet article parlant des jugements par défaut faute de comparaître se borne à dire qu'ils sont réputés non avenus, tandis que l'art. 1444 vise la séparation de biens même et dit en termes énergiques qu'elle est nulle.

Il est évident que la loi entend remettre les parties dans l'état où elles étaient avant la demande en séparation et par conséquent annuler cette demande et les procédures dont elle a été l'objet.

S'il en était autrement, si, n'annulant que le jugement de séparation, la loi laissait subsister les procédures antérieures et permettait à la femme d'en reprendre à son gré les errements, celle-ci pourrait, plusieurs mois, plusieurs années après, reporter, sur une simple assignation, sa demande en justice, et faire prononcer de nouveau sa séparation, dans le délai de quelques jours, à l'insu des créanciers, et souvent à leur préjudice, et rendre ainsi illusoire toutes les garanties introduites en leur faveur.

Un tel système aussi contraire au texte et à l'esprit de l'art. 1444 C. civ., et de toutes les disposi-

tions du Code de procédure qui s'y rapportent, est évidemment inadmissible.

La nullité de l'art. 1444 C. civ., n'étant pas une nullité de procédure mais de fond, il s'en suit qu'on peut l'opposer en tout état de cause même après des défenses au fond (1).

Par le même motif, elle pourra être invoquée pendant trente ans, comme les nullités en général (2). Cette dernière solution n'est pas admise par tous les commentateurs.

Certains soutiennent que la nullité de l'art. 1444 C. civ. doit être proposée dans le délai d'un an, imparti par l'art. 873 C. pr. civ.; mais, autre chose est le droit de tierce-opposition, autre chose la nullité dont nous nous occupons. L'art. 873 C. pr. civ., n'a certainement pas eu en vue l'action spéciale créée par l'art. 1444 C. civ.

D'autres auteurs prétendent que le délai de dix ans de l'art. 1304 C. civ., est applicable dans notre hypothèse. Ils semblent oublier que l'art. 1304 n'est

1. Bordeaux, 22 janvier 1834 (S. 34, 2, 540.) Cass., 3 avril 1848 (S. 48, 1, 384). Grenoble, 23 avril 1858 (D. 59, 2, 117). Bordeaux, 7 novembre 1877 (*Pand. Chr.*). Dutruc, *loc. cit.*, p. 163, et les auteurs qu'il cite. Laurent, t. XXII, n° 257. Aubry et Rau, t. V, p. 398, § 516. Guillouard, n. 1144.

2. Aubry et Rau, t. V, § 516, texte et note 40 et 41, p. 400. Guillouard, *loc. cit.*, n. 1145.

relatif qu'aux demandes en rescision ou nullité des conventions et qu'il doit être entendu restrictivement.

D'autres enfin enseignent que le jugement de séparation, qui n'a pas été exécuté, ou qui ne l'a pas été utilement, est réputé non avenu, inexistant, et que, par conséquent, la nullité peut en être proposée même après dix ou trente ans. C'est ainsi, disent-ils, que l'on entend l'art. 66 C. de co., d'après lequel lorsqu'un jugement, prononçant la séparation de corps entre deux époux dont l'un est commerçant, n'est pas revêtu des formalités prescrites par l'art 872 C. pr. civ., les créanciers sont toujours admis à s'y opposer.

Cette doctrine n'est pas plus soutenable que les précédentes.

Pour n'avoir pas été suivi d'exécution, le jugement de séparation n'en existe pas moins. La nullité qui le frappe n'est même pas une nullité d'ordre public. Elle a été créée dans le seul but d'empêcher la fraude des époux, et de garantir les intérêts privés, purement pécuniaires des créanciers du mari. Comment serait-elle une nullité opérant de plein droit sans intervention du juge ? Il faut bien se garder de la confondre avec la nullité de la séparation de biens volontaire.

On doit donc reconnaître que la nullité de l'art. 1444 C. civ., doit être proposée dans le délai de trente

ans. Elle ne pourrait pas être opposée par voie d'exception après l'expiration de ce laps de temps, la maxime romaine « *quæ temporalia ad agendum, perpetuenda sunt ad excipiendum* » n'ayant été introduite dans notre droit par aucun texte (1).

Nous avons dit que le législateur avait eu en vue l'intérêt des créanciers du mari en créant l'action en nullité de l'art. 1444 C. civ.

Nul doute qu'ils puissent se prévaloir d'une mesure qui a été édictée en leur faveur.

Est-ce à dire qu'ils auront tous ce droit ?

Nous ne le croyons pas. Une distinction nous semble nécessaire.

Il est sans difficulté que les créanciers du mari dont le titre est antérieur au jugement qui prononce la séparation de biens peuvent invoquer la nullité dont s'agit. Il est également certain que, s'ils avaient concouru aux actes d'exécution tardive, ils seraient non recevables à s'en plaindre. *Volenti non fit injuria*. Comme le dit Troplong, la loi, qui n'a parlé que dans leur intérêt, n'a cependant pas la prétention de connaître cet intérêt mieux qu'eux-mêmes.

Quant aux créanciers du mari dont le titre est postérieur à la séparation de biens, ils ne peuvent, se-

1. Caen, 16 janvier 1846 (D. 54, 5, 686). Dalloz, *rép.*, n. 1897. Aubry et Rau, t. V, § 516, note 41, p. 400. Guillouard, n. 1145.

lon nous, invoquer la nullité édictée par l'article 1444 C. civ. (1).

Cette solution toutefois est controversée.

Certains commentateurs la repoussent. Personne, disent-ils, ne peut se faire un titre de sa fraude ; or, du moment où le jugement de séparation de biens n'a pas été exécuté, les époux ont commis une fraude, et ils ne peuvent se faire une arme contre personne du jugement qu'ils ont obtenu, pas même contre les créanciers postérieurs ; ceux-ci ont intérêt, et, par suite, qualité pour se prévaloir de la nullité que nous étudions.

Sans doute, nul ne peut se faire un titre de sa propre fraude ; mais, il ne peut y avoir fraude de la part des époux contre des créanciers dont le titre n'est pas né. La femme, en laissant passer le délai de l'art. 1444 C. civ., sans s'y conformer, n'a donc pu songer à leur nuire.

« Attendu, dit avec raison la Cour de cassation, (arrêt du 1^{er} juillet 1863. D. 64, 1, 66), que la nullité (de l'art. 1444 C. civ.,) n'est fondée que sur la présomption de collusion frauduleuse entre les époux, ou de renonciation de la femme au bénéfice du ju-

1. Il est sans difficulté qu'ils peuvent proposer la nullité du jugement pour défaut de publicité. Sur notre question, v. Guillouard, t. III, n. 1146. *Contrà*. Rodière et Pont, t. III, n. 2159. Aubry et Rau, t. V, § 516.

gement de séparation ; qu'on ne saurait présumer l'intention de fraude à l'égard de droits non existants, ni de renonciation au profit de droits nés postérieurement à l'exécution effective de la séparation ».

Nous refusons donc aux créanciers postérieurs le droit de proposer la nullité. Il est cependant une hypothèse où nous croyons devoir apporter une exception à notre doctrine.

C'est dans le cas où le mari néglige d'user du droit que nous allons lui reconnaître d'invoquer la nullité. Il est certain que les créanciers du mari, même postérieurs à la séparation de biens, peuvent, en vertu de l'article 1166 du Code civil, exercer en son nom ce droit qui est essentiellement pécuniaire.

La question de savoir si le mari doit être admis à se prévaloir de l'article 1444 du Code civil, question que nous venons de résoudre par avance dans le sens de l'affirmative, n'est plus guère controversée (1).

La seule objection qu'on puisse faire à notre sys-

1. Dalloz, *Rép.*, n. 1851. Rodière et Pont, 2^e édit., t. III, n. 2150. Aubry et Rau, t. V, § 516, note 37, p. 399. Laurent, t. XXII, n. 261. De Folleville, t. I, n. 420 bis. Guillaouard, *loc. cit.*, n. 1148. *Contrà*, Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, quest. 2957 bis. Dutruc, *loc. cit.*, n. 227 et suiv.

tème est que le défaut d'exécution fait supposer une entente frauduleuse entre les époux, et que, dès lors, il n'est pas de nature à donner naissance à une action en nullité au profit du mari.

Cette objection est évidemment sérieuse ; mais elle vient se briser devant le texte de l'article 1444 C. civ., qui dispose, sans faire la moindre distinction, que la séparation de biens non exécutée est nulle. C'était, d'ailleurs, la solution de l'ancien droit dont l'autorité est considérable dans une matière toute traditionnelle comme la nôtre. Duplessis (sur l'art. 224 de la C. de Paris) disait en effet « la séparation (non exécutée) est nulle tant à l'égard des créanciers qu'à l'égard des conjoints ».

Du reste, le mari ne peut-il pas soutenir que le défaut d'exécution de la part de la femme emporte renonciation par celle-ci au jugement de séparation de biens, et que, dans tous les cas, il ne saurait être tenu de rester indéfiniment à la merci de son épouse qui serait libre d'exécuter ou non la décision judiciaire qu'elle a obtenue.

Il n'est déchu de son droit d'invoquer la nullité que s'il est constant que le défaut d'exécution est le résultat d'une entente frauduleuse entre les époux.

Les arguments tirés de l'ancien droit et de la généralité de l'article 1444 du Code civil que nous ve-

nous d'indiquer nous décident à reconnaître à la femme, comme au mari, le droit de provoquer la nullité de la séparation de biens faite d'exécution (1).

Il n'y a pas à rechercher ici en faveur de qui la nullité a été créée. L'article 1444 emploie les termes les plus généraux qui nous permettent de considérer la nullité qu'il édicte comme une nullité absolue. Dès lors, tout intéressé, même la femme, doit pouvoir la proposer.

Nous savons bien qu'on peut nous objecter qu'il est exorbitant de laisser la femme se prévaloir d'une nullité qui provient de son fait ; mais, lorsqu'une nullité est absolue, n'est-elle pas opposable par tous les intéressés, même par ceux par le fait desquels elle existe ?

Toutefois, nous apportons, avec MM. Aubry et Rau et M. Guillouard, une restriction au droit que nous reconnaissons à la femme. Elle ne pourra plus se prévaloir de la nullité dont il s'agit si les faits démontrent qu'elle y a renoncé. Cette nullité ne touche en rien à l'ordre public, ainsi que nous l'éta-

1. La question est très délicate et a fait varier MM. Aubry et Rau. En notre sens, Dalloz, *Rép. loc. cit.*, n. 1854. Rodière et Pont, *loc. cit.*, n. 2159. Aubry et Rau, t. V, § 516, note 38, p. 399. De Folleville, *loc. cit.* Guillouard, n. 1149. *Contrà*. Laurent, t. XXII, n. 262.

blirons plus loin : les intéressés peuvent donc y renoncer ; et, cette renonciation sera facilement admise de la part de la femme qui est le plus souvent beaucoup plus intéressée à invoquer la séparation de biens qu'à en demander le nullité (1).

Le moment est venu maintenant de nous demander si la nullité créée par l'article 1444 du Code civil peut être invoquée par les époux contre les tiers ?

Les auteurs sont très divisés sur ce point.

Quelques-uns distinguent, avec Troplong, entre l'hypothèse où le jugement de séparation de biens a été exécuté, mais tardivement, et celle où il n'a reçu aucune exécution. Dans le premier cas, ils refusent aux époux le droit d'opposer aux tiers la nullité de l'article 1444 du Code civil. Ils se fondent sur ce motif que l'exécution consiste dans des faits publics et notoires, et qu'admettre la nullité dans de semblables conditions, ce serait favoriser la fraude et la collusion, rendre les tiers victimes d'une confiance presque nécessaire et imputable aux époux eux-mêmes. Dans le second cas, au contraire, les mêmes auteurs reconnaissent au mari et à la femme séparés de biens le droit d'invoquer la nullité de leur séparation contre les tiers. Ceux-ci, disent-ils, n'ont pas à se plaindre : ils devaient, avant de traiter,

1. Aubry et Rau et Guillouard, *loc. cit.*

avec les époux se faire représenter les actes d'exécution ; s'ils ne l'ont pas fait, ils sont censés avoir su qu'il en existait pas (1).

Cette doctrine est inadmissible. Aucun texte ne permet de faire la distinction proposée par Troplong. Et puis, les actes d'exécution ne sont ni publics, ni notoires. Si, d'ailleurs, les tiers en ont eu connaissance, ils devaient voir qu'ils étaient tardifs. Nous ne voyons donc pas en quoi ils sont plus coupables de négligence dans le second cas que dans le premier.

Ces raisons ont fait abandonner la doctrine que nous venons de combattre.

Trois autres systèmes sont en présence.

Le premier refuse aux époux le droit d'opposer aux tiers la nullité dont nous nous occupons. Nul ne peut, dit-on à l'appui de ce système, se faire un titre de sa fraude : or, quand le jugement n'a pas été exécuté, il y a nécessairement fraude de la part des époux, même si, de bonne foi d'abord, ils ont ensuite changé de pensée et voulu détruire le jugement ; car, alors, ils devaient l'anéantir expressément, et de la manière indiquée dans l'article 1451 du Code civil, pour que les tiers ne puissent pas se méprendre sur leurs intentions.

1. Troplong, n. 1373.

Les termes généraux de la loi engagent MM. Aubry et Rau à soutenir un second système et à reconnaître au mari le droit d'invoquer contre les tiers la nullité de l'article 1444 du Code civil ; mais, ces éminents auteurs hésitent à concéder le même droit à la femme (1).

Pour nous, qui sommes partisans du dernier système, nous pensons que, les textes ne faisant aucune distinction, la séparation de biens qui n'a pas été exécutée suivant le vœu de la loi, est nulle à l'égard de tous, et même à l'égard des tiers. Après avoir accordé à la femme le droit d'en opposer la nullité au mari, il nous paraît impossible de lui refuser le même droit contre les tiers. M. Guillouard dit avec raison : « La raison de douter est la même : la femme peut-elle se prévaloir d'une nullité qui lui est imputable ? Mais, du moment où l'objection est écartée vis-à-vis du mari, on doit l'écarter vis-à-vis de tous en proclamant le caractère absolu de la nullité » (2).

Nous avons indiqué plus haut deux caractères de la nullité édictée par l'article 1444 du Code civil et établi qu'elle est une nullité de fond opposable par tout intéressé.

1. Aubry et Rau, t. V, § 516, note 39, p. 399.

2. Guillouard, n. 1150. Comp. Paris, 24 février 1855 (D. 56, 2, 248).

Demandons-nous enfin si elle n'est pas une nullité d'ordre public.

On l'a soutenu en s'appuyant sur l'exposé des motifs de Berlier qui a dit au Corps législatif que les formes prescrites pour arriver à la séparation de biens sont d'ordre public.

Mais, les nullités d'ordre public sont celles qui ont été établies dans l'intérêt général, dans l'intérêt de la société ; ici, la nullité est d'ordre privé ; elle n'a pour but que de garantir des intérêts privés, purement pécuniaires.

Il suit de là que les parties peuvent y renoncer soit d'une façon expresse soit tacitement.

Ainsi, la nullité est couverte vis-à-vis du mari : s'il a laissé exécuter le jugement après la quinzaine, ou s'il ne s'est pas opposé à ce que la femme prenne la qualité de femme séparée ; vis-à-vis de la femme : si elle a pris cette qualité : vis-à-vis des créanciers du mari, s'ils n'ont pas protesté, lorsque la femme s'est présentée comme femme séparée, et s'ils ont concouru à l'exécution (1).

APPENDICE Les règles que nous avons d'exposer

1. Douai, 19 août 1840 (Dalloz, *Rép.* n. 1850). Grenoble, 7 juin 1886. Recueil de Grenoble, 253, 1886. Aubry et Rau, t V, § 516. p. 400. Laurent, t. XXII, n. 263. Guillouard, n. 1151. Voir sur le mode d'exercice de la nullité pour défaut d'exécution ce qui est dit au début du chapitre suivant.

sur l'exécution du jugement de séparation de biens, et la nullité qui s'attache au défaut d'exécution, ne sont pas applicables à la séparation de biens résultant de la séparation de corps.

En premier lieu, les articles 1444 et 1445 ne visent que la séparation de biens principale, et aucun texte ne les rend applicables à la séparation de biens accessoire à la séparation de corps.

D'ailleurs, les motifs qui permettent d'obtenir l'une et l'autre séparation ne sont pas les mêmes. Dans le cas de séparation de biens principale, les affaires du mari sont en désordre, et le législateur devait prendre, et a pris des précautions pour empêcher une collusion entre les époux au préjudice des créanciers. Ces dangers ne sont pas à craindre dans la séparation de corps, et, il était inutile que la loi se préoccupât de sauvegarder les intérêts des créanciers qui ne sont pas en péril (1).

1. Bordeaux, 4 février 1811 (S. C. N. III, II, 407). Laurent *loc. cit.*, t. XXII, n. 250. Guillouard, *loc. cit.*, n. 1152.

CHAPITRE VII.

DU DROIT DES CRÉANCIERS DU MARI D'ATTAQUER LES JUGEMENTS DE SÉPARATION DE BIENS PRONONCÉS, ET MÊME EXÉCUTÉS EN FRAUDE DE LEURS DROITS.

§ 1. — *Des actions données aux créanciers du mari contre les jugements de séparation de biens.*

Nous avons vu que la loi impose, à peine de nullité, à la demanderesse en séparation de biens, l'accomplissement de plusieurs formalités : l'observation d'un délai d'un mois entre la demande et le jugement, la publicité de la demande, celle de la décision judiciaire qui prononce la séparation de biens, et enfin l'exécution du jugement dans la quinzaine.

Nous savons aussi que la séparation de biens ne peut être volontaire, et que les créanciers du mari ont le droit d'intervenir dans l'instance.

Si toutes les prescriptions de la loi ont été accomplies, et si les créanciers ont pris les mesures nécessaires pour sauvegarder leurs intérêts, il est bien improbable qu'une séparation de biens frauduleuse

puisse se produire. Cette éventualité peut cependant se réaliser. Aussi le législateur, dominé par cette idée qu'il devait protéger les créanciers du mari, leur a permis, dans l'article 1447 du Code civil, d'attaquer toute séparation de biens qui serait prononcée ou même exécutée en fraude de leurs droits.

Les créanciers du mari peuvent donc, si la séparation de biens est volontaire, si elle n'a pas été précédée ou suivie des formalités prescrites par la loi, en opposer la nullité. Cette nullité, ils la font valoir en frappant le jugement d'opposition ou d'appel, s'ils sont encore dans les délais, exerçant ainsi les droits du mari, leur débiteur, en conformité de l'article 1166 du Code civil. Après l'expiration des délais d'opposition et d'appel, il leur est loisible pendant trente ans de former tierce-opposition au jugement.

Que si la séparation de biens ne résulte pas de l'accord des époux, et que les formalités de la loi ont été observées, les créanciers du mari ont le droit d'attaquer la décision judiciaire qui prononce la séparation de biens par la voie de l'opposition ou de l'appel, comme le mari lui-même, en vertu de l'art. 1166 du Code civil. Le jugement devenu définitif, ils ne peuvent, dans cette hypothèse, que le frapper de tierce opposition ; et encore, faut-il, pour que cette voie de recours extraordinaire leur soit ou-

verte, qu'ils prouvent que la séparation de biens a été prononcée ou exécutée en fraude de leurs droits. De plus, le délai ordinaire de la tierce opposition qui leur est donnée est considérablement diminué, il est réduit de trente ans à un an par l'article 873 du Code de procédure civile.

§ 2. — *Conditions d'exercice de l'action paulienne spéciale des créanciers du mari.*

Article 1^{er}. — De la preuve à fournir par les créanciers.

Il ne suffit pas que les créanciers du mari, pour faire annuler la séparation de biens en vertu de l'article 1447 du Code civil, établissent qu'un préjudice leur a été causé ; il faut, de plus, qu'ils prouvent qu'elle a été le résultat d'une fraude. Les termes de l'article 1447 semblent ne laisser aucun doute à cet égard.

Certains auteurs ont cependant contesté cette solution.

L'un d'eux, Toulier, voit une différence entre la portée de l'article 1447, et celle de l'article 1167 du Code civil qui reconnaît d'une manière générale aux créanciers la faculté d'attaquer les actes faits par leurs débiteurs en fraude de leurs droits. La loi, dit-il, permet aux créanciers du mari d'intervenir

dans l'instance en séparation de biens ; elle veut donc leur fournir le moyen, non pas seulement de déjouer la fraude, mais encore de prévenir le préjudice qui pourrait les atteindre. Dominée par cette considération que les séparations de biens sont généralement le résultat d'un concert frauduleux, elle a voulu accorder aux créanciers des faveurs exceptionnelles pour leur permettre de sauvegarder leurs intérêts. Les expressions de l'article 1447 « en fraude de leurs droits » ne signifient pas autre chose que le préjudice éprouvé par les créanciers du mari dont la séparation de biens diminue le gage, et non pas la fraude qui donne lieu à l'action révocatoire de l'article 1167 (1).

Il nous est impossible de souscrire à de pareilles idées que ne justifient ni la lettre ni l'esprit de la loi. A notre époque, dans le langage du droit, la fraude suppose tout à la fois le préjudice et l'intention de nuire. C'est dans ce sens que le mot « fraude » a été employé dans l'article 1167. Le législateur, en se servant de la même expression dans l'article 1447, n'a pas entendu y attacher une signification différente. Pourquoi n'aurait-il pas employé le mot « préjudice » s'il avait voulu accorder aux créanciers du mari le droit exorbitant que l'on suppose ? Du reste, la théorie de Toullier,

1. Toullier, n. 88 et suiv.

si elle était admise, aurait pour conséquence de faire tomber sous l'application de l'article 1447 toutes les séparations de biens ; car, il n'en est pas qui ne causent un préjudice, quelque minime qu'il soit, aux créanciers du mari. Il faut donc décider que ces derniers, pour triompher dans leur action, sont tenus d'établir, non pas seulement que la séparation de biens leur porte préjudice, mais encore qu'elle a été demandée et poursuivie par les époux dans le but de leur nuire (1).

Article 2. — Du délai dans lequel les créanciers du mari doivent attaquer le jugement rendu en fraude de leurs droits. —

C'est dans un délai très court que les créanciers du mari peuvent se pourvoir par la tierce-opposition contre un jugement de séparation de biens prononcé et même exécuté en fraude de leurs droits.

L'article 873. C. p. c. dit en effet : « si les formalités prescrites au présent titre ont été observées, les créanciers du mari ne seront plus reçus, après l'expiration du délai (d'un an) dont il s'agit dans

1. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. V. notamment Aubry et Rau, t. V, § 516, texte et note 22, p. 394 et 395. Guillouard, n. 1153. Cassation, 2 février 1870 (D. 70, 1, 118; S., 70, 1, 191); 19 novembre 1873 (S. 73, 1, 193); 14 mai 1879 (D. 79. 1, 311 et S. 79, 1, 293).

l'article précédent, à se pourvoir par tierce opposition contre le jugement de séparation (1). »

Il est facile de justifier ce texte.

Les créanciers du mari ont été avertis de la demande en séparation de biens et du jugement qui l'a suivie. S'ils ne se sont pas hâtés de l'attaquer dans le délai d'un an, on doit considérer leur silence comme une approbation. Leur inaction serait inexplicable s'ils se trouvaient en présence d'une séparation de biens frauduleuse. D'ailleurs, la diminution du délai ordinaire de la tierce opposition en faveur des époux qui se sont conformés à toutes les prescriptions de la loi se justifie encore par la nécessité de soustraire à l'incertitude, résultant du péril d'une demande en révocation toujours imminente, la position nouvelle faite aux époux par le jugement de séparation de biens.

Nous ne comprenons pas, étant donné la précision de l'article 873 C. pr. civ., que des auteurs (2) aient pu croire que les créanciers du mari avaient la faculté d'attaquer en tout temps le jugement de séparation de biens régulier en la forme, mais intervenu

1. Le délai d'un an de l'article 873 C. pr. civ. a le même point de départ et le même terme que celui pendant lequel le jugement doit rester affiché aux endroits prescrits par la loi.

2. Carré et Chauveau, quest. 2959.

en fraude de leurs droits. Ils se fondent sur ce que l'article 1447 du Code civil ne fixe aucun délai après lequel l'action des créanciers n'est plus recevable ; mais, ils perdent de vue l'article 873 du Code de procédure civile qui a eu précisément pour objet de limiter à un délai fort court l'action des créanciers, afin que la position des époux ne reste pas longtemps incertaine. Si leur doctrine était suivie, l'article 873 deviendrait absolument sans portée. Du reste, le délai d'un an est bien assez long pour les créanciers que la loi a mis à même par tous les moyens possibles de surveiller la conduite des époux et de découvrir les fraudes qu'ils commettraient.

Pour les mêmes raisons, nous repoussons la théorie de Demiau Crouzilhac (page 547) qui donne aux créanciers le droit de se pourvoir dans le délai de dix ans de l'article 1304 du Code civil contre les séparations de biens frauduleuses.

§ 3. — *Etendue d'application des articles 1447 C. civ. et 873 C. pr. civ.*

L'article 1447 du Code civil porte que les créanciers du mari peuvent attaquer les séparations de biens qui seraient prononcées et même exécutées en fraude de leurs droits.

Ce n'est donc pas seulement la disposition du ju-

gement qui prononce la séparation de biens qui tombe sous l'application de cet article, mais encore le chef de ce jugement, ou bien l'acte, ou la décision judiciaire postérieure qui liquide les droits et reprises de la femme.

Tous les commentateurs et les tribunaux reconnaissent aux créanciers du mari la faculté de se pourvoir contre la liquidation qui serait intervenue en fraude de leurs droits ; mais, ils ne sont plus d'accord lorsqu'il s'agit de déterminer le délai dans lequel les créanciers doivent invoquer leur action en nullité.

Certains auteurs ont pensé que l'article 873 du Code de procédure civile devait recevoir son application.

Il est vrai que la loi ne distingue nullement entre la séparation de biens et la liquidation ; que même elle considère celle-ci comme l'accessoire et la conséquence de celle-là, puisqu'elle déclare la séparation nulle, si elle n'a pas été suivie de poursuites en liquidation dans la quinzaine du jugement ; et qu'il importe que les droits des époux et des tiers ne demeurent pas longtemps incertains.

Il est certain aussi que la publicité donnée au jugement avertit les créanciers que la liquidation a eu lieu ou qu'elle va être faite sans retard.

Le délai d'un an semble donc suffisant pour l'exer-

cice de l'action qu'ils ont à intenter, le cas échéant, contre la liquidation.

Dans le principe, ce système absolu a triomphé en jurisprudence ; (1) mais, il n'a pas tardé à recevoir une profonde modification.

Les auteurs et les arrêts ont distingué entre l'hypothèse où la liquidation est contenue dans le jugement même qui prononce la séparation de biens, et l'hypothèse où elle est faite dans un jugement postérieur ou dans un acte particulier.

Pour la première hypothèse, ils ont maintenu la solution du système que nous venons d'exposer.

Pour la seconde, ils l'ont repoussée. Ils ont remarqué avec raison que l'acte particulier de liquidation ou le jugement postérieur à la séparation de biens qui fixent les droits et reprises de la femme ne sont soumis à aucune publicité. Les créanciers ne sont donc pas en demeure de veiller à ce que la liquidation ne soit pas faite en fraude de leurs droits. Il serait inique de réduire la durée de leur action à un an. D'ailleurs, l'article 873 C. pr. civ. ne prescrit l'observation de ce délai qu'en ce qui concerne le jugement de séparation de biens : c'est donc à ce jugement seul que s'applique la déchéance (1).

1. Cassation, 4 décembre 1815 (Dalloz, *Rép.*, *loc. cit.*, n. 1889); Riom. 26 décembre 1817 (id.). *Adde*, Berriat Saint-Prix, p. 673, note 17.

1. Dijon, 6 août 1817 (D. 18, 2, 26). Cass., 26 mars 1833

Dans la suite, on a fini par abandonner complètement le système qui avait été d'abord adopté. Il est aujourd'hui à peu près constant que les créanciers ne sont tenus d'observer le délai de l'article 873 C. pr. civ., qu'à l'égard de la disposition du jugement qui déclare les époux séparés de biens, et que, pour attaquer la disposition relative à la liquidation des droits de la femme, et tout acte ou jugement postérieur de liquidation, ils jouissent de tout le temps par lequel se prescrivent les actions ordinaires, c'est-à-dire du délai de trente ans.

La Cour de cassation a justifié ce système par les considérations suivantes.

« L'action en séparation et l'action en liquidation sont essentiellement distinctes ; si elles peuvent être formées et jugées simultanément à raison de leur connexité, elles ne cessent pas de différer l'une de l'autre par leur nature et leur objet. La demande en séparation ayant pour but de modifier l'état des époux et les droits d'administration du mari, il importait de ne pas prolonger l'incertitude sur le sort de cette demande et fixer un bref délai dans lequel

(S. 33, 4, 273 et D. 33, 4, 222). Bordeaux, 20 juin 1835 (D. 36, 2, 48). Paris, 25 avril 1835 (S. 35, 2, 244). Toullier, t. XIII, n. 85 et suiv. Bellot des Minières, t. II, n. 139. Delvincourt, t. III, n. 406. Thomine, sur l'art. 873, n. 1023. Benoît, n. 331 et 332. Duranton, t. XIV, n. 413.

les créanciers seraient tenus d'attaquer le jugement qui aurait prononcé la séparation. Tel est le motif qui a déterminé la disposition exceptionnelle que le législateur a insérée dans l'article 873 C. pr. civ. Mais, ce motif ne peut être appliqué à la liquidation des reprises, qu'elle soit opérée par le jugement même de séparation, ou par un jugement postérieur. Dans ces deux hypothèses, la décision qui statue sur la liquidation des reprises est de la même nature, c'est-à-dire qu'elle est soumise au droit commun. Le principe général accorde aux créanciers un délai de trente ans pour former tierce-opposition aux jugements qui préjudicient à leurs droits. Si l'article 873 a admis une exception à la règle en ce qui concerne le jugement qui prononce la séparation de biens, aucune disposition n'y a dérogé à l'égard des autres condamnations prononcées au profit de la femme. D'un autre côté, il résulte des articles 865 et suivants du Code de procédure civile et des articles 1444 et 1445 du Code civil combinés que les formalités qu'ils prescrivent ont pour objet et pour résultat de donner de la publicité à la séparation de biens, mais qu'ils n'en donnent pas à la liquidation. L'on ne pourrait donc appliquer le délai d'un an aux condamnations prononcées contre le mari, sans exposer

ses créanciers à perdre leur droit de tierce-opposition avant d'avoir pu l'exercer (1).

Il importerait peu d'ailleurs que, dans le cas où la liquidation a fait l'objet d'un jugement particulier, ce jugement ait été publié. La déchéance de l'article 873 ne saurait être appliquée. La publicité serait ici une superfétation : aucun texte ne l'exige. De plus, il ne peut dépendre de la femme de faire varier à son gré le droit des créanciers du mari, en remplissant ou non, à l'égard du jugement de liquidation, les formalités de publicité prescrites par l'article 872 du Code de procédure civile.

Nous avons dit plus haut (2) que le droit d'intervention appartient même aux tiers qui ne sont pas créanciers actuels du mari, mais à qui la séparation de biens peut éventuellement préjudicier. Ces tiers ont aussi le droit d'invoquer le bénéfice des dispositions des articles 1445 C. civ., et 873 C. pr. civ. (2).

1. Cassation, 11 novembre 1835 (D. 35, 1, 44). Poitiers, 18 juin 1838 (S. 38, 2, 242). Riom, 9 juin 1845 (S. 45, 2, 499). Grenoble, 7 juin 1851 (S. 51, 2, 613). Paris, 21 janvier 1858 (S. 58, 2, 565). Cassation, 22 décembre 1880 (D. 81, 1, 156). Cubain, *Droit des femmes*, n. 512. Dutruc, n. 243 et s. Aubry et Rau, t. V, § 516. Laurent, t. XXII, n. 271. Guillouard, n. 1154.

2. V. Chapitre IV. Laurent, t. XXII, n. 266. Guillouard, n. 1123.

3. Laurent, t. XXII, n. 266. Guillouard, n. 1123.

Il peut se faire qu'un seul des créanciers du mari attaque la séparation de biens.

S'il triomphe dans son action, le jugement annulé à son profit sera-t-il nul *erga omnes*, à l'égard des autres créanciers, et à l'égard des époux eux-mêmes ?

On l'a soutenu, en faisant remarquer que la situation juridique de la femme doit être une, qu'elle ne peut être séparée de biens vis-à-vis de son mari, et non séparée vis-à-vis des tiers.

Mais, cette opinion n'a pas prévalu.

Elle est, d'ailleurs, contraire à l'article 1351 du Code civil, d'après lequel la chose jugée n'a d'effet qu'entre les personnes qui ont été parties au procès. Il n'en devrait être autrement que si l'effet du jugement de séparation de biens était indivisible : or, les droits et les obligations de la femme séparée de biens sont divisibles. Rien ne s'oppose donc à ce que le jugement de séparation, annulé en faveur d'un créancier, continue de produire ses effets à l'égard de toute autre personne, et notamment dans les rapports des époux entre eux. Il n'y a aucune contradiction à supposer que la femme sera, pour le règlement de ses intérêts pécuniaires, séparée de biens vis-à-vis de son mari, et, dès lors, ayant le droit d'exercer ses reprises, et commune vis-à-vis de tiers

créanciers, et par suite ne pouvant pas dès à présent se faire payer en concurrence avec eux.

Cette théorie est très bien exposée et justifiée par les motifs d'un arrêt de la cour d'Orléans du 24 décembre 1840 (1).

« Attendu que... toute action n'a pour objet que de faire déclarer le droit de celui-là seulement qui l'exerce; que, par suite de ce principe, la tierce opposition, admise et reconnue valable, ne profite qu'au tiers opposant dans la mesure de son intérêt et de son droit personnel, et n'a pas pour effet de rétracter le jugement à l'égard des parties qui l'ont respecté, à moins que l'objet sur lequel le jugement a statué ne soit indivisible, et qu'il n'y ait impossibilité d'exécuter ce premier jugement et celui rendu sur sa tierce opposition; que l'objection tirée de la prétendue indivisibilité de la qualité d'épouse séparée de biens n'est que spécieuse...; qu'il est bien vrai que toute qualité considérée abstractivement, est indivisible, mais qu'il n'est pas ainsi des obligations et droits attachés à cette qualité; que, de même qu'un héritier peut être déclaré bénéficiaire à l'égard d'un créancier de la succession et héritier pur et simple à l'égard d'un autre;... de même, une

1. Dalloz, *Rép.*, n. 1860. Comp. Req., 10 mai 1875 (D. 76, 1, 451). Guillouard, *loc. cit.*, n. 1156. *Contrà*. Carré et Chauveau, *Lois de la procédure, suppl.*, quest. 2958 bis.

femme peut être à l'égard de son mari séparée de biens, et être déclarée commune à l'égard de tel créancier, de manière à priver celle-ci d'un droit dépendant de sa qualité de femme séparée ».

Les effets du jugement de séparation de biens ne pourraient plus être divisés s'il y avait opposition d'intérêts et de vues entre les tierseux-mêmes, tous également de bonne foi, et voulant, les uns la séparation, les autres la communauté. Dans un tel cas, le nullité sera applicable, et le jugement annulé à l'égard de tous; on préférera naturellement l'intérêt des créanciers qui ont pour eux le texte de la loi.

CHAPITRE VIII.

EN QUEL SENS DOIT ÊTRE ENTENDU L'EFFET RÉTROACTIF DE LA SÉPARATION DE BIENS.

§ 1. — *Fondement et origine de la rétroactivité de la séparation de biens.*

L'article 1445 § 2 du Code civil porte que le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande.

Il pouvait paraître inutile de le dire. N'est-il pas de règle que les jugements déclaratifs de droits rétroagissent au jour de la demande ? D'accord ; mais, le jugement de séparation de biens n'est pas simplement déclaratif de droits. Il substitue un régime matrimonial nouveau à celui que les époux avaient ; il est donc aussi attributif de droits. Par suite, si la loi ne se fût pas expressément prononcée sur la rétroactivité, une controverse eût pu naître de son silence.

L'article 1445 se justifie d'ailleurs pleinement. Admettre la rétroactivité, c'était le seul moyen d'as-

surer à la femme la protection qu'elle cherche dans la séparation de biens. Il fallait empêcher que, dans l'intervalle de la demande et du jugement, la ruine de la femme ne fût consommée par le mari. Et puis, elle ne devait pas être victime des lenteurs de la justice et des retards que les chicanes du mari pourraient amener dans la solution du procès.

Pothier (1) nous apprend que la sentence de séparation produisait le même effet rétroactif dans l'usage du Châtelet de Paris, et qu'en conséquence, la femme avait coutume de faire dès le jour de la demande sa déclaration au greffe qu'elle renonçait à la communauté (2) ; mais, il professe lui-même une doctrine contraire. A ses yeux, la communauté ne doit être dissoute que par le jugement qui prononce la séparation de biens. Il établit à cet égard une différence entre les sociétés ordinaires et la société conjugale. Il explique que si la société ordinaire est censée dissoute du jour où l'un des associés demande la dissolution, c'est que sa volonté seule suffit pour rompre le contrat et que la demande met l'autre en demeure de la rompre. Or, dit-il, « je ne dois pas souffrir de la demeure injuste en laquelle a été mon

1. Pothier, *Traité de la communauté*, n. 529.

2. Cette renonciation a été reconnue valable depuis le Code. Orléans, 14 décembre 1817 (S. 19, 2, 216). Chauveau sur Carré, quest 2963, à la note.

associé d'asquiescer à une demande juste que je lui faisais, et il doit encore moins en profiter. Au contraire, la communauté entre époux ne peut se dissoudre que par la sentence du juge, n'étant pas au pouvoir du mari d'asquiescer à la demande en séparation ».

Toullier (1) répond fort bien que la dissolution de la communauté est en réalité subordonnée à la volonté de la femme qui peut ne pas demander la séparation de biens, ou ne pas donner suite au jugement qui l'a prononcée; et que, si une décision judiciaire est nécessaire, c'est seulement pour empêcher que la femme n'opère la dissolution de la société civile existant entre elle et son mari sans cause sérieuse et légitime.

§ 2. — *Etendue d'application de la rétroactivité.*

On s'étonne, en présence des termes généraux de l'article 1445 du Code civil que les auteurs aient voulu restreindre son application aux rapports des époux entre eux, et soutenir que l'effet rétroactif du jugement de séparation de biens n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement des formalités qui ont pour but de le porter à leur connaissance.

1. T. XIII, n. 96 et suivants.

C'est Pigeau qui le, premier, a émis cette théorie. « La loi, dit-il, annule toute séparation de biens qui n'a point été rendue publique, de même que celle qui n'a point été exécutée, et cela parce que les tiers l'ignorent et peuvent traiter dans son ignorance. Ne serait-il pas absurde qu'une simple demande, qu'ils n'ignorent pas moins, produisit plus d'effet qu'un jugement non publié ni exécuté, et autant que ce jugement quand il est exécuté et publié? Et qu'on ne dise pas que les tiers sont suffisamment avertis par la publicité donnée à la demande; car, cet argument conduirait à prétendre que dès le lendemain de l'inscription de la demande sur le tableau, le tiers qui traite avec le mari, à cent lieues peut-être de l'endroit où est exposé ce tableau, a pu en avoir déjà pris connaissance ». Pigeau en conclut que la séparation de biens n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement des formalités requises pour la publicité du jugement qui la prononce. Il tire de son système, pour le régime de la communauté, la conséquence suivante: que, s'il échoit à la femme une succession mobilière pendant l'instance, bien que cette succession lui appartienne tout entière à l'exclusion du mari, néanmoins, les créanciers de celui-ci, qui ignorent, ou sont censés ignorés la séparation de biens qui n'a pas encore été rendue publique, sont fondés à considérer l'actif de cette succession

comme un gage de leurs créances et peuvent le saisir, sauf le recours de la femme contre son mari (1). La doctrine de Pigeau a pour résultat, sous le régime dotal, de donner le même droit aux créanciers sur les revenus des biens dotaux perçus par le mari entre la demande et la publicité du jugement.

Ce système est aujourd'hui presque complètement abandonné.

On admet généralement que l'effet rétroactif du jugement de séparation de biens s'applique à l'égard des tiers aussi bien qu'à l'égard du mari. La loi ne fait, en effet, aucune distinction. Et puis, le premier système, s'il était suivi, laisserait au mari la possibilité de rendre souvent inefficace le remède de la séparation de biens. Il pourrait, au cas où la femme ne prendrait pas de mesures conservatoires, dissiper durant l'instance, non seulement les biens dont il a l'administration, mais encore ceux qui écherraient à son épouse. D'ailleurs, la demande en séparation de biens est réputée connue des tiers dès qu'elle a été publiée. Autrement, les formalités prescrites par la loi n'auraient aucune utilité. Il y a une présomption légale que les intéressés sont avertis de la demande de la femme. Dès lors, rien d'éton-

1. Pigeau, *Proc. civ.*, t. II, p. 541. Bellot des Minières, t. II, p. 129. Rouen, 9 août 1839 (D. P. 40, 2, 39).

nant à ce que le jugement ait un effet rétroactif. Pigeau reconnaît lui-même que le jugement, une fois publié, est présumé connu des tiers. N'y a-t-il pas la même présomption dans les deux cas ?

En somme, les créanciers qui ont suivi la foi du mari ont à se reprocher d'avoir traité avec lui sans s'être assurés de sa solvabilité et de sa capacité.

Pour nous, nous partageons une troisième opinion, moins exclusive que la précédente, qui valide les actes d'administration faits sans fraude par le mari dans l'intervalle qui sépare la demande du jugement (1).

Cette doctrine se justifie par la considération suivante : la femme reste incapable jusqu'au jugement de séparation de biens ; elle ne peut donc gérer ses biens. D'autre part, son patrimoine ne saurait rester à l'abandon. Il est, dès lors, nécessaire de laisser au mari ses pouvoirs d'administrateur. La demande en séparation a, du reste, pour conséquence de le rendre comptable de sa gestion vis-à-vis de la femme, et de lui imposer la responsabilité des pertes imputables à sa négligence.

1. Aubry et Rau, t. V, § 516, note 45, p. 400-401. Laurent, t. XXII, n. 336. Guillouard, n. 1162 et suivants. Colmet de Santerre, t. VI, n. 94 *bis*, II. — Nous ne faisons aucune distinction entre les actes d'administration. La loi ne divise nulle part les actes d'administration en diverses catégories. Dès lors, toute distinction serait arbitraire.

La femme pourrait, d'ailleurs, faire annuler les actes d'administration qui auraient été accomplis frauduleusement par le mari, dans le but d'entraver, ou d'amoindrir la gestion que la séparation de biens doit lui donner. Ce n'est, en effet, que, par nécessité, et dans l'intérêt même de la femme, qu'on laisse au mari ses pouvoirs d'administrateur ; du moment qu'il abuse de la mission qui lui est confiée, on doit faire prévaloir le principe de la rétroactivité. Il en était déjà ainsi dans l'ancien droit. On allait même jusqu'à présumer frauduleux tout bail « que le mari se serait empressé de faire à la veille d'une demande en séparation qu'il savait que sa femme devait donner contre lui. » Cette présomption ne doit pas être reproduite dans le droit actuel, aucun texte ne l'ayant établie. Il faut donc examiner pour chaque espèce si le mari a agi frauduleusement ou non.

Du reste, il est loisible à la femme de prendre, durant l'instance, les mesures nécessaires à la conservation de ses droits. (Art. 869. Code procédure civile).

Tous les actes du mari, autres que les actes d'administration, concernant soit les biens communs et les propres de la femme sous le régime de la communauté, soit ses biens personnels ou ses biens

dotaux sous les autres régimes, ne sont pas opposables à la demanderesse en séparation de biens.

§ 3. — *Conséquences de la rétroactivité.*

C'est au jour de la demande que le juge ou le notaire doivent se placer pour dresser la liquidation des droits et reprises de la femme (1).

C'est là une conséquence de la rétroactivité du jugement de séparation de biens.

Doivent-ils tenir compte à la femme des intérêts de sa dot et de ses reprises, à dater de la même époque, ou seulement à partir du jugement ?

Cette question faisait déjà difficulté dans l'ancien droit.

Le châtelet de Paris jugeait que les intérêts de la dot et des reprises de la femme étaient dûs par le mari à compter du jour de la demande, déduction

1. Les effets du jugement remontent au jour de la demande lui-même. Il n'y a pas lieu d'appliquer ici la règle d'après laquelle le *dies a quo* n'est point compris dans le terme : nous ne nous trouvons pas en présence d'un délai. Le jour de la demande est le jour de l'assignation et non pas le jour de la requête au président. Bordeaux, 23 novembre 1880 (Dalloz, *Supplément*, p. 107 et 124). *Contra*, Toulouse, 29 juin 1882 (D. 83, 2, 146).

faite des aliments qui lui avaient été fournis durant l'instance, et de sa part contributive aux charges du mariage.

D'après la jurisprudence du Parlement de Paris, au contraire, la femme n'avait droit aux intérêts que du jour de la sentence.

Enfin, Pothier laissait au juge une grande latitude d'appréciation, en lui conseillant toutefois d'accorder à la femme les intérêts de sa dot, s'ils étaient sensiblement supérieurs aux aliments qu'elle avait reçus, et à sa part contributive aux dépenses du ménage. Pothier ne donnait aucune raison à l'appui de sa doctrine. (Pothier, *De la communauté*, n° 521).

Sous le Code civil, la question est encore controversée.

Pour nous, nous estimons que la femme a droit, à partir de la demande en séparation de biens, aux intérêts de sa dot et de ses reprises, sous la déduction toutefois de sa part contributive aux charges du mariage.

La Cour de cassation a été pendant longtemps d'un avis contraire (1). Troplong, qui approuvait sa jurisprudence, en donnait deux motifs : le premier, c'est que les intérêts sont en général la peine d'un retard dans le paiement ; or, le mari n'est pas en

1. Cassation, req. 28 mars 1846 (D. 48. 1, 170).

retard, car il ne peut payer avant le jugement de séparation ; le deuxième motif, c'est que, dans l'intervalle qui sépare la demande du jugement, le mari doit supporter les charges du mariage, auxquelles les intérêts de la dot ont précisément pour destination de faire face.

Ces arguments ne sont que spécieux.

Si, dans le cas de séparation de biens, un jugement est nécessaire, ce n'est pas pour faire produire ses effets à la séparation, puisque la loi déclare qu'ils remontent au jour de la demande ; mais, c'est seulement pour empêcher que la femme ne provoque la dissolution de la société conjugale sans motif raisonnable. La séparation, une fois prononcée, existe du jour de la demande ; dès lors, rien d'étonnant à ce que les intérêts de la dot soient acquis à la femme du jour où, par la demande, elle a manifesté l'intention de dissoudre la communauté, intention qui a immédiatement produit ses effets.

De plus, s'il est vrai que généralement les intérêts sont la peine du retard mis par le débiteur à sa libération, et que le mari ne peut rendre la dot de la femme avant le jugement qui sanctionne la demande en séparation de biens, il y a des exceptions à cette règle générale : ainsi, le tuteur, qui, en vertu de l'article 474 du Code civil, doit à son ex-pupille les intérêts du reliquat « sans demande à compter de la

clôture du compte », n'est pas en retard. Ici les intérêts ne sont pas la peine du retard, mais une conséquence de ce principe que la séparation existe du jour de la demande. La loi a voulu faire remonter les effets de la séparation au jour de la demande afin d'empêcher que, dans l'intervalle de la demande et du jugement, le mari pût compromettre la dot de la femme. Or, ne serait-il pas dangereux de lui laisser la disposition des intérêts de cette dot pendant l'intervalle dont nous parlons, intervalle qui peut se prolonger selon les circonstances. D'ailleurs, l'article 1443 du Code civil est formel ; il ne distingue pas ; l'article 1473 du même code l'est plus encore, et il ne distingue pas davantage : Art. 1473 C. civ. : « Les remplois et récompenses dus par la communauté aux époux, et les récompenses et indemnités par eux dues à la communauté emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté ».

Enfin, compenser les intérêts de la dot avec les charges du ménage, comme le veut Troplong, c'est introduire dans la loi un prétendu tempérament d'équité (1).

1. La jurisprudence est actuellement en notre sens. Cass., 18 juin 1877 (S. 77, 1, 406 et D. 77. 1, 445). Toulouse, 30 décembre 1891, *Gaz. Midi*, 31 janvier 1892. Voyez Dutruc, *loc. cit.*, n. 273. Rodière et Pont, n. 2169 et 2173. Aubry et

CHAPITRE IX.

LES EFFETS DE LA SÉPARATION DE BIENS ACCESSOIRE NE RÉTROAGISSENT PAS AU JOUR DE LA DEMANDE.

Le titre de ce chapitre indique la solution que nous donnons à la controverse qui divise les auteurs et la jurisprudence sur le point de savoir si la séparation de biens résultant d'un jugement de séparation de corps rétroagit au jour de la demande.

Nous sommes d'avis, avec la majorité des auteurs, de repousser la rétroactivité de la séparation de biens accessoire aussi bien à l'égard des époux qu'à l'égard des tiers.

Nous pouvons d'abord faire remarquer que le pa-

Rau, t. V, § 516, note 46, p. 401. Laurent, t. XXII, n. 541. Guillouard, n. 1163.

La solution serait la même au cas où la femme aurait, par suite d'une transaction, suspendu ses poursuites, puis les aurait reprises. Agen, 29 avril 1868 (S. 68, 2, 129). Dutruc, *loc. cit.* n. 271 et 274. *Contrà*, Paris, 18 décembre 1846 (S. 46, 1, 553). Cassation, 4 février 1846 (*Pand. chr.*).

ragraphe deux de l'article 1445 du Code civil qui édicte la rétroactivité, parle d'un jugement qui prononce » la séparation de biens ; or, le juge, en statuant sur la séparation de corps, « ne prononce pas » la séparation de biens. Celle-ci est la conséquence virtuelle de son jugement. (Article 311 du Code civil).

On ne saurait prétendre, du reste, qu'en édictant l'article 1445, le législateur songeait à s'expliquer sur les effets de la séparation de biens qui n'a pas été l'objet d'une demande principale. Il l'avait fait dans l'article 311 ; il n'avait pas à y revenir. De ce dernier article, il résulte clairement que, le jugement de séparation de corps une fois rendu, les époux sont légalement séparés de biens. Or, il n'y a de séparation de corps qu'à partir de la décision judiciaire qui la prononce ; par conséquent, il en est de même de la séparation de biens qu'elle entraîne. D'ailleurs, si on la faisait rétroagir au jour de la demande, elle produirait effet avant la naissance de sa cause efficiente et génératrice, ce qui est inadmissible.

On a bien senti la force de cette argumentation dans l'opinion contraire qui admet la rétroactivité de la séparation de biens accessoire tout au moins entre époux ; et, on a voulu la mettre à néant en s'efforçant d'établir, malgré le silence des textes,

que les effets de la séparation de corps eux-mêmes remontent au jour de la demande, et que, par suite, il ne peut en être différemment des effets de la séparation de biens accessoire.

Ainsi, nous lisons dans un arrêt de la cour de Riom les considérations suivantes. « Assimilée par la loi à toutes les actions suivantes, la séparation de corps est régie par ce principe général qui fait remonter l'effet du jugement au jour où l'instance a été introduite, les décisions judiciaires étant déclaratives et non attributives aux droits qu'elles consacrent » (1).

Sans doute, le principe général est exact, mais, il comporte des exceptions : il est des jugements attributifs de droits, et, parmi eux notamment, ceux qui prononcent la séparation de corps et la séparation de biens. Les effets de ces jugements ne rétroagissent pas au jour de la demande, à moins d'un texte formel. Ce texte existe pour la séparation de biens : c'est l'article 1445, paragraphe 2, du Code civil ; mais, aucune disposition semblable n'a été édictée pour la séparation de corps.

Du reste, le principe rappelé par la Cour de Riom est fondé sur ce que le demandeur, ne devant pas souffrir de la résistance de son adversaire, il est de

1. Riom, 27 mai 1867 sous Cassation du 12 mai 1869 (*Paud. chr.*).

toute justice que le jugement lui donne la situation qui lui aurait été faite, si le défendeur avait, dès le début de l'instance, acquiescé à la demande. Or, on sait qu'en matière de séparation de corps et de séparation de biens, les articles 307 et 1443 du Code civil prohibent l'acquiescement du défendeur. La raison de la rétroactivité n'existe donc pas.

De plus, l'article 311 C. civ., en s'abstenant de renvoyer à l'article 251 nouveau C. civ., lequel porte, dans son dernier alinéa, que le jugement de divorce remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande, se prononce tacitement contre la rétroactivité de la séparation de corps. Et son silence est d'autant plus probant qu'elle prend la peine d'indiquer dans l'article 307, nommément, mais aussi limitativement, tous les textes de la matière du divorce qui doivent recevoir leur application en matière de séparation de corps.

La séparation de corps n'ayant pas d'effet rétroactif, même entre époux, il ne saurait en être autrement de la séparation de biens qu'elle entraîne.

Les partisans de l'opinion contraire insistent, et prétendent qu'il est impossible que les effets de la séparation de biens ne soient pas identiquement les mêmes dans les deux hypothèses ?

Ils oublient que la séparation de biens accessoire a un caractère tout différent de la séparation de

biens principale ; que la séparation de corps a un autre but que la séparation de biens ; qu'il n'y a donc pas contradiction à refuser à l'une les effets que l'on accorde à l'autre.

La demande en séparation de biens a pour cause le péril de la dot, le désordre des affaires du mari (art. 1443 C. civ.) ; cette situation peut s'aggraver pendant le procès ; il est urgent d'y remédier ; c'est pourquoi, le législateur fait remonter les effets du jugement au jour de la demande.

En matière de séparation de corps, au contraire, la fortune de la femme n'est pas en jeu. Le mari peut même, tout en étant mauvais mari, être un excellent administrateur.

Par conséquent, il n'y a pas parité de situation, et, dès lors, pas de raison pour que la séparation de biens qui découle de la séparation de corps produise effet avant le jugement.

Bien plus, pour être conséquente avec elle-même, la doctrine opposée est dans la nécessité d'admettre que la rétroactivité s'applique à la séparation de biens accessoire même dans le cas où elle résulte d'une séparation de corps prononcée contre la femme ; et, la Cour de Limoges (arrêt du 17 juin 1835, *Pand. Chr.*) a en effet accepté cette conséquence. Or, comme le dit fort bien Demolombe, c'est là une preuve de plus que nos adversaires détournent l'article 1445 C. civ. de son véritable but qui est uniquement

de protéger la dot de la femme contre les dilapidations du mari.

Faut-il s'arrêter davantage à l'objection suivante ? Doit-on craindre que le mari, irrité de la demande en séparation de corps formée contre lui, ne se venge de la femme en dissipant ses biens ? Certainement non. C'est là une éventualité de pure fantaisie. Il sera rare que le mari songe à se ruiner lui-même dans le seul but de ruiner sa femme.

Au surplus, celle-ci ne peut-elle pas user du bénéfice des dispositions édictées par les articles 242 et 243 du Code civil auxquels renvoie l'article 307 du même Code ?

De plus, ne lui est-il pas loisible de joindre à sa demande en séparation de corps une demande en séparation de biens principale ?

Ajoutons enfin que si on fait rétroagir la séparation de biens accessoire, il faut décider, pour être logique, que cette rétroactivité se produit à l'égard des tiers tout aussi bien qu'entre époux.

Merlin (*rép. v° sép. de biens*, § 4) et certains arrêts (1) n'hésitent pas à admettre cette conséquence forcée de leur doctrine.

Ils perdent de vue que la loi, si elle avait voulu faire rétroagir à l'égard des tiers la séparation de biens ac-

1. Cass. 22 avril 1845 (D. P. 45, 1, 267). Paris, 18 juin 1855 (D. P. 56, 2, 248). Paris, 27 décembre 1860 (D. P. 61, 2, 27). Besançon, 15 février 1864 (D. P. 64, 2, 37).

cessoire, eût prescrit la publicité de la demande en séparation de corps qui l'entraîne, comme elle l'a fait pour la demande en séparation de biens principale.

D'ailleurs, l'article 243 du Code civil, auquel renvoie l'article 307, ne reconnaît-il pas expressément que les actes passés entre le mari et des tiers de bonne foi durant le procès en séparation de corps sont inattaquables ?

Ces arguments ont paru tellement décisifs à la grande majorité de nos adversaires qu'ils se sont refusés à admettre l'effet rétroactif de la séparation de biens accessoire vis-à-vis des tiers. De sorte que nous pouvons leur opposer le dilemme suivant :

Ou bien l'article 1445 aliéna 2 du Code civil est applicable à la séparation de biens accessoire aussi bien qu'à la séparation de biens principale, et alors, il doit y avoir rétroactivité absolue, c'est-à-dire tant à l'égard des époux qu'à l'égard des tiers.

Ou bien non, et dans ces conditions, il ne saurait y avoir de rétroactivité pas plus vis-à-vis des époux que vis-à-vis des tiers (1).

1. *Contrà* Cass. 12 mai 1869 (S. 69, 1, 301). Cass. 13 mars 1872. D. 72, 1, 49). Cass. 11 février 1873 (S. 73, 1. 160). Cass. 18 juin 1877 (D. 77, 1, 445). Toulouse, 29 juin 1882 (D. 83, 2, 146). Troplong, *C. de mar.*, n. 1386. Aubry et Rau, t. V, § 494, p. 203, note 18. En notre sens, Marcadé sur l'art. 311, n. 4. Valette, *C. de droit civil*, 1^{er} volume, p. 374. Demolombe, *Mariage*, t. II, n. 514. Colmet de Santerre, t. VI, n. 94 bis, III. De Folleville, t. I, n. 424 et suivants. Guillaouard. t. III, n. 1173 et suivants.

POSITIONS PRISES DANS LES THÈSES

Droit romain.

1^o Il faut rechercher l'origine de l'action *rei uxoriæ* dans la jurisprudence des tribunaux de famille en matière de divorce et dans l'*arbitrium rei uxoriæ*.

2^o La femme ne fut jamais, même sous Justinien, propriétaire de la dot.

3^o La femme ne put, même après la constitution de 530, renoncer à la dissolution du mariage, au *privilegium inter personales actiones*.

4^o Les mots « *si tamen exstant* » de la loi 30 *De jure dotium* C. 5, 12 signifient : pourvu que les biens dotaux existent encore en nature, soit dans le patrimoine du mari, soit dans celui des tiers acquéreurs.

Droit civil.

1^o Tout tribunal autre que le tribunal civil du domicile du mari est incompétent *ratione materiæ* pour connaître de la séparation de biens.

2^o Les créanciers du mari ne sont pas directement liés à la procédure de séparation de biens, sauf le cas de faillite ou de liquidation judiciaire.

3^o L'insertion d'un extrait du jugement de séparation de biens dans un journal de l'arrondissement du domicile du mari n'est pas prescrite par la loi.

4^o La publication du jugement à la maison commune du

domicile du mari n'est exigée que lorsqu'il n'existe pas de tribunal de commerce dans l'arrondissement où est situé ce domicile.

5° Le délai de quinzaine durant lequel doit être commencée l'exécution du jugement de séparation de biens n'a pas été modifié par le Code de procédure civile.

6° Un acte sous-seings privés n'est pas suffisant pour constater valablement le paiement réel des reprises de la femme.

7° La signification du jugement dans la quinzaine ne constitue pas un commencement d'exécution.

8° La nullité pour défaut d'exécution est opposable aux tiers par le mari et par la femme.

9° Les créanciers du mari ont trente ans pour proposer la nullité de la liquidation des reprises de la femme faite en fraude de leurs droits soit dans le jugement même qui prononce la séparation de biens, soit dans un jugement ou un acte postérieur.

10° Les créanciers éventuels ont le droit de former tierce opposition au jugement de séparation de biens dans les mêmes cas que les créanciers actuels.

11° Les actes d'administration, concernant les biens communs et même les biens personnels de la femme, accomplis par le mari pendant la durée du procès en séparation de biens sont valables, sauf le cas de fraude.

12° Les intérêts de la dot et des reprises de la femme courent de la demande en séparation de biens.

13° Il en est ainsi même au cas où la femme a, par suite d'une transaction, suspendu puis repris les poursuites.

14° La séparation de biens accessoire à la séparation de corps n'a d'effet rétroactif ni à l'égard des époux ni à l'égard des tiers.

POSITIONS PRISES DE DEHORS DES THÈSES.

Droit romain.

1° Le seul consentement ne suffit pas à la formation du mariage.

2° Le pupille, qui a contracté *sine tutoris auctoritate*, et qui ne s'est pas enrichi, est tenu d'une obligation naturelle.

3° Les pactes et stipulations ne créaient pas, même sous Justinien, de véritables servitudes.

4° Le *fidejussor indemnitis* ne peut être poursuivi qu'après le débiteur principal.

Droit civil.

1° Le Conseil de famille doit toujours être réuni au lieu d'ouverture de la tutelle.

2° La femme, en instance de divorce ou de séparation de corps, a le droit d'assister, pour la conservation de ses intérêts à l'inventaire des biens d'une succession qui lui échoit durant le procès.

3° L'époux, contre lequel la séparation de corps a été prononcée pour cause d'adultère, peut, après la dissolution du mariage, épouser son complice.

4° Un jugement peut prononcer le divorce au profit de l'un des époux et la séparation de corps au profit de l'autre.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Garanties données à la femme pour sa créance en restitution de dot.

Avant-propos	1
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Du droit de la femme sur les biens dotaux.

§ 1. Période allant de la fondation de Rome au milieu du VI ^e siècle	6
§ 2. Période allant du milieu du VI ^e siècle à Justinien.	11
§ 3. Règne de Justinien	18

DEUXIÈME PARTIE

Des garanties de la créance en restitution de dot, abstraction faite de la loi Julia.

Chapitre I. Du <i>privilegium inter personales actiones</i> . . .	28
Chapitre II. Hypothèque privilégiée sur les biens dotaux	38
Chapitre III. Revendication utile	44
Chapitre IV. Hypothèque tacite de la femme sur les biens du mari	48
Chapitre V. Hypothèque privilégiée primant même les hypothèques antérieures au mariage.	51

DROIT FRANÇAIS

Des règles protectrices des droits des créanciers du mari au cas de séparation de biens judiciaire.

Introduction.	74
-----------------------	----

5° L'enfant naturel peut être adopté par son auteur.

6° Les femmes mariées, les mineurs et les interdits ont le droit de surenchérir pendant les deux mois qui suivent l'accomplissement des formalités de purge légale à moins qu'une surenchère ait déjà été faite à la suite de la purge des hypothèques inscrites.

Procédure civile.

1° Un jugement par défaut est encore susceptible d'opposition s'il n'a été exécuté que par des exploits signifiés au parquet.

2° Le juge des référés ne peut plus rétracter l'ordonnance par laquelle il a autorisé une saisie-arrêt lorsque celle-ci a fait l'objet d'une demande en validité.

Droit commercial.

1° Le jugement déclaratif de faillite ne peut plus être rapporté en appel alors même que depuis ce jugement le failli a désintéressé tous ses créanciers connus.

2° Le délai d'appel du jugement déclaratif de faillite ne court que de la signification du jugement.

Chapitre I. — De la prohibition des séparations de biens volontaires.	75
Section I. — Fondement et origine du principe.	75
Section II. — Etendue de la prohibition des séparations de biens volon- taires.	80
Section III. — Conséquences de la prohibition (Tribunal compétent) . . .	89
Section IV. — Sanction de la prohibition des séparations de biens volon- taires	93
Chapitre II. — De la publicité de la demande en sé- paration de biens judiciaire. . .	101
Section I. — Son utilité, son origine. . .	101
Section II. — Ses formes.	108
Section III. — Du délai de publicité de la de- mande.	112
Section IV. — Sanction des règles de publi- cité de la demande. . . .	114
Chapitre III. — Du délai d'un mois qui doit séparer la demande du jugement. Sa sanction.	117
Chapitre IV. — Droit des créanciers d'obtenir commu- nication de la demande et des pièces justificatives et de leur droit d'inter- vention.	121
Chapitre V. — De la publicité du jugement de sépa- ration de biens.	126
Section I. — Son utilité, son origine et ses formes.	126
Section II. — Du délai dans lequel elle doit être faite.	144
Section III. — Du délai d'exposition des ex- traits du jugement. . . .	147

Section IV. — De la sanction des règles de publicité du jugement. . .	148
Chapitre VI. — De l'exécution du jugement dans la quinzaine.	153
Section I. — Son origine, son utilité. . .	153
Section II. — Du délai de quinzaine. . .	155
Section III. — De l'exécution volontaire et forcée.	162
Section IV. — Sanction des règles prescrivant l'exécution dans la quinzaine. . .	184
Chapitre VII. — Du droit des créanciers du mari d'at- taquer les jugements de séparation de biens prononcés et même exécutés en fraude de leurs droits. . . .	199
Chapitre VIII. — En quel sens doit être entendu l'effet rétroactif du jugement de séparation de biens. Fondement du principe, son étendue, et ses conséquences. .	214
Chapitre IX. — Les effets de la séparation de biens accessoire ne remontent pas au jour de la demande.	225
Positions	232

VU :

Le Président de la thèse,
P. CAUWÈS.

VU :

Le Doyen de la Faculté,
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

ERRATA

Page 82, ligne 22,	<i>au lieu de</i>	asquiescent,	<i>lire</i>	acquiescent.
— 82, — 3 et 7,	—	asquiescement,	—	acquiescement.
— 83, — 7 et 14,	—	—	—	—
— 85, — 4,	—	—	—	—
— 89, — 2,	—	ne donnerait pas,	—	donnerait.
— 96, — 1,	—	pot,	—	dot,
— 106, — 8,	—	un,	—	une.
— 116, — 1,	—	interjetterait,	—	interjeterait
— 142, — 12,	—	où celle des avoués,	<i>lire</i>	ou celle des avoués.
— 168, — 21,	—	devront,	<i>lire</i>	doivent.
— 169, — 10,	—	l'aquittement,	—	l'acquittement.
— 172, — 4,	—	le,	—	les.
— 195, — 3,	—	en,	—	n'en.
— 216, — 1 et 5,	—	asquiescer,	—	acquiescer.
— 235, — 15,	—	il,	—	le failli.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

**DES CAS DE RESTITUTION VOLONTAIRE DE LA DOT
PENDANT LE MARIAGE**

DROIT FRANÇAIS

**DES DROITS DES CRÉANCIERS DU MARI
AU CAS DE SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le mercredi 22 Mai 1895 à 10 heures du matin.

PAR

André BILLAUDET

Président : M. CAUWES, professeur.

Suffragants } MM. ESMEIN, professeur.
CUQ, professeur.
CHENON, agrégé.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, Rue Soufflot, 13

1895

